

CEDH: les enjeux pratiques actuels en Suisse



Un dossier réalisé en collaboration avec les Juristes progressistes vaudois (JPV), qui organisaient, le 27 septembre dernier, une Journée sur le thème de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et de ses effets en Suisse dans plusieurs domaines du droit. Neuf conférencières et conférenciers ont rédigé un article à partir de leur présentation.

Un effet préventif sur la création et l'application du droit suisse

La jurisprudence de Strasbourg influence le législateur et les juges, notamment dans les domaines de la liberté d'expression, de la protection contre les discriminations, de la modernisation du droit suisse et de la protection judiciaire.

1. Introduction

Le 28 novembre 2014, la Suisse a fêté le quarantième anniversaire de son adhésion à la CEDH. Cet anniversaire a donné lieu à de nombreux colloques¹, à des articles de presse et à un rapport du Conseil fédéral dressant le bilan et dessinant les perspectives du partenariat entre la Suisse et la Convention². La Journée d'études du 27 septembre, organisée par les Juristes progressistes vaudois, permet de prolonger les discussions et de les nourrir, avec des réflexions sur l'influence et les apports à la Convention dans l'ordre juridique suisse.

2. L'influence de la CEDH sur le droit suisse

Depuis 1974, année de l'adhésion à la CEDH, jusqu'en 2015, la CrEDH a rendu 162 arrêts concernant la Suisse. Dans 97 affaires, elle a constaté une violation et a déclaré non fondées 57 affaires³. Ces chiffres montrant un taux de succès élevé cachent une réalité bien connue du public avisé, mais souvent

méconnue du grand public et des médias: la majorité écrasante des requêtes à la Cour (plus de 95%) sont écartées lors d'une phase de filtrage, au motif qu'elles ne satisfont pas les conditions de recevabilité⁴. Seul un nombre inférieur à 5% des requêtes donne lieu à un arrêt statuant sur le fond⁵.

L'impact de la jurisprudence européenne n'est pas uniquement réactif. Les autorités helvétiques ne se limitent pas à remédier aux constats de violation prononcés à l'encontre de la Suisse. Conformément au principe de la subsidiarité, en vertu duquel la responsabilité première pour assurer le respect et le développement de la Convention incombe aux Etats membres, la jurisprudence de la Cour (y compris les arrêts portant sur d'autres Etats que la Suisse) déploie un effet préventif pendant tous les stades de la création, de l'interprétation et de l'application des normes, l'objectif premier étant de prévenir et non seulement de guérir des «condamnations» par la CrEDH.

Le principe de subsidiarité a aussi marqué les travaux menant à l'adoption de la nouvelle

Constitution fédérale. Contrairement à son prédécesseur, la Constitution de 1999 contient un catalogue complet et systématique de droits fondamentaux, qui est largement inspiré par la CEDH⁶. L'interpénétration entre le droit constitutionnel et le droit conventionnel montre à quel point il est artificiel d'opérer une opposition stérile entre la Convention et la Constitution. Notons à cet égard que la CEDH a déjà exercé une influence sur le droit constitutionnel helvétique avant même la ratification de la Convention. L'introduction du suffrage féminin en 1971, et la suppression des articles confessionnels en 1973, sont des avancées que nous devons à l'effet anticipé de la Convention⁷.

3. Les apports de la CEDH

«What has the ECHR ever done for us?»⁸ Le sketch de Patrick Stewart, visionné par des centaines de milliers d'internautes, relève le défi d'apporter des éléments de réponse à cette question qui agite les eurosceptiques britanniques. Nous tenterons d'y répondre d'un point de vue

helvétique, en mettant en exergue quatre apports majeurs de la Convention, en plus de ceux décrits dans la section précédente.

3.1. Protection et renforcement de la démocratie

Selon les textes fondateurs du système européen de la protection des droits de l'homme – la CEDH et le Statut du Conseil de l'Europe⁹ – droits de l'homme et démocratie se conditionnent mutuellement. La jurisprudence de la CrEDH en matière de liberté d'expression est un exemple parlant pour illustrer cette interdépendance et l'apport de la CEDH à la protection et au renforcement de la démocratie helvétique. Pour toute démocratie, en particulier une démocratie semi-directe comme la Suisse, la libre circulation des informations et des idées est une condition essentielle pour la formation de l'opinion publique et le contrôle du pouvoir. La liberté des médias est capitale à cet égard et bénéficie d'une protection rigoureuse dans la jurisprudence européenne. Les journalistes helvétiques doivent à la CrEDH la protection des sources, consacrée dans la Constitution fédérale de 1999¹⁰ suite à l'arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*¹¹. D'une façon plus générale, la Cour s'est montrée soucieuse de protéger la phase de recherche et celle d'investigation journalistiques (notamment le recours à la caméra cachée¹², ou la sollicitation d'informations auprès d'autorités tenues au secret de fonction¹³), phase essentielle pour que les médias puissent remplir leur mission de chien de garde dans une société démocratique.

Pour la fonction de contrôle des libertés de communication, la jurisprudence de la Cour au

sujet des lanceurs d'alertes est également centrale¹⁴. Elle nourrit des réflexions en Suisse concernant comment assurer une meilleure protection des personnes dénonçant des abus et des défaillances dans le secteur public ou privé¹⁵. En ce qui concerne le secteur commercial, la jurisprudence de la Cour a mis en garde contre une application trop rigoureuse de la Loi sur la concurrence déloyale aux médias et aux chercheurs¹⁶. Même des critiques reflétant des opinions minoritaires doivent pouvoir être émises et participer à des débats d'intérêt général¹⁷, en accord avec la vision d'une société démocratique, marquée par le pluralisme, l'esprit d'ouverture et la tolérance¹⁸.

3.2. Protection contre les discriminations

La protection contre les discriminations est un pilier essentiel d'une démocratie pluraliste et respectueuse des minorités. Détachée du contexte national, et recevant des requêtes provenant de 47 Etats, la CrEDH est souvent mieux à même d'identifier des tendances discriminatoires dirigées contre certains groupes vulnérables. La jurisprudence de la Cour sur les personnes transsexuelles¹⁹ ou sur des personnes souffrant d'un handicap²⁰ en témoigne. Composée de magistrats de tous les Etats membres du Conseil de l'Europe, et située au-dessus des ordres juridiques nationaux, la Cour est aussi mieux placée qu'une juridiction nationale pour remettre en question des conceptions nationales qui ne sont plus en phase avec l'évolution de la société contemporaine. En Suisse, la jurisprudence de la Cour a contribué à dépasser des stéréotypes de genre profondément ancrés, notamment dans le domaine de

¹Voir Christine Kaufmann, Tobias Jaag (éd.), 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK. Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014, Schulthess, Zurich, 2015.

²Rapport du Conseil fédéral du 19 novembre 2014 en exécution du postulat Stöckli 13.4187 du 12 décembre 2013, FF 2015, p. 353.

³Voir Violations par article et par Etat défendeur 1959-2015, disponibles sur http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2015_FRA.pdf. Toutes les références à des sites internet ont été consultées la dernière fois le 10 octobre 2016.

⁴Voir les articles 34 et 35 CEDH.

⁵Voir les statistiques des requêtes dirigées contre la Suisse, disponibles sur http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Switzerland_fra.pdf.

⁶Voir Regina Kiener, Der Einfluss der EMRK auf die BV 1999, in: Kaufmann, Jaag, 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, p. 53 ss.

⁷Kiener, Der Einfluss der EMRK, p. 80.

⁸Disponible sur YouTube via <https://www.youtube.com/watch?v=ptfmAY6M6aA>.

⁹Voir le Préambule des deux instruments.

¹⁰Art. 17 al. 3 Cst.

¹¹CrEDH, arrêt de la Grande Chambre N° 17488/90 «*Goodwin c. Royaume-Uni*» du 27.03.1996.

¹²CrEDH, arrêt de la 2^e section N° 21830/09 «*Haldimann et autres c. Suisse*» du 24.2.2015.

¹³CrEDH, arrêt de la 4^e section N° 77551/01 «*Dammann c. Suisse*» du 25.4.2006.

¹⁴Voir surtout CrEDH, arrêt de la Grande Chambre N° 14277/04 «*Guja c. Moldavie*» du 12.02.2008; pour la jurisprudence subséquente, voir Valérie Junod, Lancer l'alerte: quoi de neuf depuis Guja?, RTDH 2014, pp. 459-482.

¹⁵Une réglementation existe depuis le 1.1.2011 pour les employés de la Confédération. Voir art. 22a de la Loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 24.3.2000, RS 172.220.1. Des travaux de révision du Code des obligations sont en cours, voir le Message du 20.11.2013, FF 2013, 8547, étant précisé que le Conseil des Etats a confirmé le 10.9.2015 la décision du Conseil national de renvoyer le projet au Conseil fédéral.

¹⁶CrEDH, arrêt de Chambre N° 48876/08 «*Hertel c. Suisse*» du 25.8.1998.

¹⁷*Ibid.*, § 49.

¹⁸CrEDH, arrêt de la Cour plénière N° 5493/72 «*Handyside c. Royaume-Uni*» du 7.12.1976, § 49.

¹⁹CrEDH, arrêt de la 1^{re} section N° 29002/06 «*Schlumpf c. Suisse*» du 8.01.2009. Voir la contribution de Djemila Carron et de Camille Vallier dans cette revue.

²⁰CrEDH, arrêt de la 1^{re} section N° 13444/04 «*Glor c. Suisse*» du 30.04.2009.

l'assurance invalidité²¹ et de l'autorité parentale²².

3.3. Modernisation du droit suisse

L'incitation à éliminer des pratiques et des législations stéréotypées illustre un autre apport important de la Convention: la jurisprudence européenne peut fournir des impulsions à supprimer des législations surannées. L'arrêt F. c. Suisse du 18 février 1987 est emblématique à cet égard²³. Le constat de la Cour qu'une interdiction temporelle de se remarier prononcée dans le cadre d'un jugement de divorce atteint le droit au mariage dans sa substance a été le moteur d'une révision visant à moderniser le Code civil en supprimant des dispositions reflétant, d'après le Conseil fédéral, les convictions du XIX^e siècle²⁴. La révision récente dans le domaine de l'adoption est un autre exemple pertinent²⁵. Comme la section suivante le montrera, l'organisation judiciaire et le droit de procédure sont d'autres domaines dans lesquels la Convention a fourni des impulsions à des innovations

mettant l'ordre juridique suisse en phase avec les exigences d'un Etat de droit moderne.

3.4. Renforcement de la protection judiciaire

La protection judiciaire effective est une condition indispensable de l'Etat de droit et du respect des libertés fondamentales. Cette conviction n'a pas toujours prévalu en Suisse. La pratique de l'internement administratif, aujourd'hui considérée comme un chapitre sombre de l'histoire helvétique, est particulièrement parlant. Albert Picot s'interrogeait déjà dans les années quarante du siècle passé s'il était «normal que le pouvoir politique soit l'instance de recours et qu'il n'y ait aucune intervention du juge dans un domaine où l'on peut faire disparaître un citoyen pour cinq ans et même pour la vie», relevant que «la porte était ouverte à de graves abus (...)»²⁶. Il a fallu attendre plus de trois décennies jusqu'à l'adoption de la loi sur la privation de liberté à des fins d'assistance, adoptée pour établir un état conforme

aux exigences de l'article 5 de la Convention.

La CEDH a aussi été le moteur conduisant à une transformation profonde du paysage judiciaire, surtout dans les domaines pénal et administratif. La création et le développement de la juridiction administrative, tant au niveau fédéral qu'à l'échelon des cantons, sont en grande partie dues à l'influence de l'article 6 CEDH. Un long chemin a été parcouru entre l'opposition suscitée par l'arrêt Belilos²⁷, culminant dans un postulat demandant la dénonciation de la Convention²⁸, et l'adoption de la garantie de l'accès au juge dans le cadre de la réforme de la justice: le nouvel article 29a Cst. s'inspire largement de la jurisprudence de la Cour portant sur l'article 6 CEDH, sans être limité aux contestations de droit civil et des affaires pénales. Seize ans après l'arrêt Belilos, la finalité et les valeurs véhiculées par les garanties conventionnelles ont été internalisées et deviennent peu après partie intégrante de la nouvelle Constitution de 1999.

Publicité

Boîte d'archives Un coup de pouce à la mémoire

On ne peut pas se souvenir de tout...

Voilà une bonne raison d'acquérir une boîte d'archives pour la revue [plaidoyer](#).

Suffisamment grande pour contenir deux années de [plaidoyer](#).

plaidoyer, Editions Plus, CP 1440, 1001 Lausanne, fax 021 310 73 69



La Convention a permis de renforcer la protection juridique non seulement à l'encontre du pouvoir exécutif, mais aussi à l'égard du pouvoir législatif. Comme dans d'autres Etats avec une longue tradition de primauté du législateur, le Tribunal fédéral a progressivement posé le jalon pour le contrôle de conventionnalité des lois fédérales, développement qui a abouti dans la jurisprudence dite PKK²⁹. Aussi longtemps que l'art. 190 Cst. ne permet pas aux autorités d'application du droit de sanctionner des violations de la Constitution par le législateur ordinaire, le contrôle de conventionnalité sert de substitut (partiel) au contrôle de constitutionnalité. Confronté à des dispositions constitutionnelles issues d'initiatives populaires manifestement contraires aux droits de l'homme ou à d'autres engagements internationaux vitaux pour la Suisse, le Tribunal fédéral a franchi une étape de plus. Dans le prolongement de sa jurisprudence PKK, il a préparé le terrain pour le contrôle de conventionnalité des dispositions constitutionnelles. Dans deux arrêts rendus en 2012 et en 2016, il a signalé que la Constitution ne pourrait pas être appliquée en cas de conflit insoluble entre des dispositions constitutionnelles d'une part, et la CEDH³⁰ ou l'ALCP³¹, d'autre part.

L'initiative «Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination)» vise à défaire le contrôle de conventionnalité des dispositions constitutionnelles et des lois fédérales, dans le but de réduire les instances judiciaires nationales, y compris le Tribunal fédéral, à des chambres d'enregistrement devant rendre des arrêts qui seront censurés par la Cour européenne et que les juges fédéraux seront tenus de réviser

par la suite³². A part les incohérences et les difficultés qu'engendrerait l'acceptation de cette initiative pour l'ordre constitutionnel suisse³³, elle risque de saper l'autorité de la Convention au-delà de nos frontières, en agissant comme un signal pour d'autres pays de ne plus respecter leurs engagements conventionnels. Ce cas de figure n'est pas purement théorique, comme le montre l'exemple de la Russie³⁴. Une loi adoptée par la Duma et entrée en vigueur le 14 décembre 2015 habilite la Cour constitutionnelle à vérifier la conformité des décisions prises par les organes internationaux avec la Constitution russe et de les déclarer inexécutables³⁵. Elle confirme et légitime l'approche dans un arrêt rendu par les juges constitutionnels en été 2014 se prononçant en faveur de la primauté de la Constitution sur les arrêts de la Cour européenne. La Cour constitutionnelle russe s'est déjà fondée sur la nouvelle législation pour justifier de ne pas mettre en œuvre un arrêt de la Cour européenne au motif qu'il est contraire à la Constitution³⁶. Si cet exemple devait recevoir le sceau de légitimité de la part des Etats réputés pour leur attachement à la démocratie et à l'Etat de droit et faire école, le «patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques»³⁷ incarné par le Conseil de l'Europe serait sérieusement mis en péril. N'est-il pas du devoir de la Suisse et dans son intérêt de sauvegarder les libertés fondamentales, qui font partie de ce patrimoine, et «constituent les assises mêmes de la justice et de la paix»³⁸ sur le continent européen?

Maya Hertig Randall,
professeure de droit constitutionnel à
l'Université de Genève.

²¹Voir CrEDH, arrêt de Chambre N° 14518/89 «Schuler-Zraggen c. Suisse» du 24.06.1993, et CrEDH, arrêt de la 2^e Section N° 7186/09 «di Trizio c. Suisse» du 02.02.2016.

²²Voir CrEDH, arrêt de la 5^e Section N° 22028/04 «Zaunegger c. Allemagne» du 3.12.2009; arrêt de la 1^{re} Section N° 35637/03 «Spörer c. Autriche» du 03.02.2011 et le Message du 16.01.2011, FF 2011 8315, ainsi que la modification législative du 21.06.2013, RO 2014 357.

²³CrEDH, arrêt de la Cour plénière N° 11329/85 «F. c. Suisse» du 18.12.1987.

²⁴Voir le Message du 15.11.1995, FF 1996 I 1, p. 12.

²⁵Voir le Message du 28.11.2014, FF 2015 835, et la modification législative du 17 juin 2016, FF 2016 4757.

²⁶Albert Picot, L'Etat fondé sur le droit et le droit pénal, RDS 1944, pp. 201a ss., p. 273a.

²⁷CrEDH, arrêt de la Cour plénière N° 10328/83 «Belilos c. Suisse» du 29.04.1988.

²⁸Postulat N° 88.453 de Hans Danioth du 06.06.1988.

²⁹ATF 125 II 417.

³⁰ATF 139 I 16, c. 5.

³¹ATF 142 II 35, c. 3.2.

³²Art. 122 LTF.

³³Pour une critique, cf. Giovanni Biaggi, Jörg Paul Müller, Die Verfassungsidee angesichts der Gefahr eines Demokratieabsolutismus, ZBl 2015, pp. 235 ss.

³⁴Voir Philip Leach, Alice Donald, Russia Defies Strasbourg: Is Contagion Spreading?, EJIL: Talk!, 19.12.2015, disponible sur <http://www.ejiltalk.org/russia-defies-strasbourg-is-contagion-spreading/>.

³⁵Pour une analyse détaillée, voir l'Avis N° 832/2015 de la Commission de Venise du 13.06.2016, CDL-AD(2016)016.

³⁶Pour plus d'informations, voir *ibid.*, pp. 4 ss.

³⁷Préambule de la CEDH.

³⁸*Ibid.*

Les droits des personnes trans* : un parcours difficile

Si certains droits ont été acquis à Strasbourg, les conditions pour les changements d'état civil et les opérations de réassignation sexuelle sont encore floues.

1. Introduction

Les questions juridiques rencontrées par les personnes trans* sont multiples et ne trouvent pas souvent de réponses claires dans les législations nationales – ces éléments n'ayant en effet pas été envisagés par le législateur. Ainsi, aux discriminations quotidiennes vécues par ces personnes s'ajoutent des obstacles légaux, concernant notamment les changements de prénom et d'état civil.

Au niveau terminologique, le terme «personnes trans*» recouvre les personnes transsexuelles et transgenres. Tant les personnes transgenres que transsexuelles sont des individus dont l'identité de genre s'écarte des attentes traditionnelles reposant sur le sexe qui leur a été assigné à la naissance. A titre illustratif, une femme trans* est un individu assigné homme à la naissance sur la base de ses organes génitaux externes, mais qui possède une identité de genre femme. Contrairement aux personnes transgenres, les personnes transsexuelles suivent ou souhaitent suivre des opérations de réassignation sexuelle². Il est également important de préciser que le terme «personnes trans*» ne couvre pas les questions d'intersexualité, soit le fait pour une personne de présenter des caractéristiques génitales, hormonales ou chromosomiques ne correspon-

dant pas à ce que l'on définit comme féminin ou masculin dans l'anatomie sexuelle ou reproductrice³. Les thématiques de l'identité de genre et de l'orientation sexuelles doivent aussi être clairement différenciées.

2. Etat des lieux des arrêts de la CrEDH

De 1986 – avec l'arrêt *Rees c. Royaume-Uni*⁴ – à nos jours, la CrEDH a rendu 18 arrêts concernant des personnes trans*, et trois requêtes sont actuellement pendantes. La plupart de ces arrêts ont porté sur des questions d'opérations de réassignation sexuelle et de changement d'état civil, et toutes les décisions concernaient des personnes transsexuelles (et non pas des personnes transgenres).

Les premiers arrêts de la Cour à ce sujet traitaient du droit pour des personnes trans* d'obtenir un changement d'état civil suite à une opération de réassignation sexuelle. Jusqu'en 2002, le refus par les Etats d'accorder ce changement d'état civil n'a pas été considéré par la Cour comme une violation de l'art. 8 de la CEDH⁵, qui protège la vie privée et familiale. Cette jurisprudence constante a néanmoins connu une exception en 1992, avec l'arrêt *B. c. France*⁶, dans lequel la Cour a conclu que la France violait l'art. 8 CEDH en ne

permettant pas un changement d'état civil à une requérante transsexuelle. Cette exception a été justifiée par la situation particulière de la France, qui – contrairement au Royaume-Uni – identifiait le sexe légal d'une personne sur un nombre important de documents.

En 2002, dans l'arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*⁷, la Cour a procédé à un changement de jurisprudence, en affirmant une violation de l'art. 8 CEDH du fait du refus des autorités britanniques d'accorder le changement d'état civil à une personne transsexuelle opérée. Dans ce jugement, la Cour a abordé la question sous l'angle d'une éventuelle obligation positive de l'Etat de reconnaître un changement d'état civil. Dans cette analyse, la Cour a pris en compte le juste équilibre entre l'intérêt général et l'intérêt de l'individu. Elle a considéré que les Etats ne disposaient plus de marge d'appréciation en la matière, reconnaissant ainsi un droit au changement d'état civil, tout en laissant aux Etats le choix des moyens à mettre en œuvre pour assurer ce changement. Si le droit à la reconnaissance du sexe légal a ainsi été reconnu, on dispose encore de peu de précisions quant à la compatibilité avec l'art. 8 CEDH de certains critères imposés par les Etats membres à ce sujet, notamment la Suisse⁸. En outre, quinze ans après la reconnaissance du droit au

changement d'état civil suite à une opération de réassignation sexuelle, la Cour devra prochainement se prononcer sur l'existence d'un droit à un tel changement pour des personnes transgenres. En effet, trois requêtes contre la France sont actuellement pendantes devant la Cour à ce sujet⁹.

Le droit à un changement de prénom semble bien établi dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, de sorte que peu de requêtes portant directement sur cette question ont été portées devant la Cour. Ce point a toutefois été soulevé de manière incidente dans certains arrêts, et l'on peut estimer que la Cour reconnaît un droit au changement de prénom selon l'art. 8 CEDH, du moins pour une personne transsexuelle. Une requête est néanmoins pendante contre l'Italie sur ce point, puisqu'une intervention chirurgicale de réassignation sexuelle y est exigée avant un changement de prénom¹⁰. L'Italie a de plus la particularité de soumettre l'opération de réassignation sexuelle à une autorisation devant provenir d'un juge.

Concernant le droit pour une personne trans* à une opération de réassignation sexuelle, on peut conclure à l'existence d'un droit au sens de l'art. 8 CEDH. Certaines exigences ont d'ailleurs été jugées inadmissibles par la Cour¹¹, notamment l'exigence d'une stérilisation préalable à l'opération chirurgicale¹².

Les conditions de remboursement de ces opérations ont été discutées devant la Cour dans le jugement *Schlumpf c. Suisse* de 2009¹³. La Cour a souligné que les critères pour le remboursement des frais des traitements de réassignation chirurgicale ne devaient pas être trop restrictifs: la Suisse avait ainsi violé l'article 8 CEDH en exigeant d'une femme transsexuelle de 67 ans qu'elle subisse une période d'observation de deux

ans avant les opérations de réassignation sexuelle, en conformité avec la jurisprudence constante du Tribunal fédéral¹⁴. Cette période appliquée de manière mécanique viole donc l'art. 8 CEDH. On peut néanmoins s'interroger sur la compatibilité avec cette disposition d'autres critères exigés par les caisses maladie suisses, notamment celui de l'âge minimal de 25 ans et le «test de vie réel», à savoir l'exigence de vivre dans le genre souhaité pendant une période définie¹⁵.

La question du droit au mariage pour les personnes trans* permet un parallèle intéressant avec la jurisprudence de la Cour européenne en matière d'orientation sexuelle. En effet, dans une jurisprudence constante, la Cour – se référant à la marge d'appréciation des Etats – a considéré que le droit au mariage pour les couples de même sexe n'était pas couvert par l'art. 12 CEDH (droit au mariage)¹⁶. Cette jurisprudence signifie qu'il n'y a pas, pour les Etats qui ne prévoient pas de mariage pour les couples de même sexe, d'obligation de reconnaître aux personnes trans* un droit de contracter un mariage avec une personne du même sexe que le leur après changement d'état civil. En revanche, depuis l'arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* de 2002, les personnes trans* qui ont changé d'état civil se sont vues reconnaître le droit de se marier avec une personne du sexe opposé au leur suite à ce changement. Il est intéressant de noter qu'en Suisse, la dissolution d'un mariage ne peut pas être exigée lors d'un changement d'état civil par une personne trans*, un point sur lequel la Suisse semble être plutôt progressiste¹⁷.

D'autres questions, notamment l'établissement de liens de filiation, l'âge de la retraite et les conditions de détention ont fait l'objet de décisions de la Cour. En vue de la délimitation de cette contribution,

¹Djemila Carron et Camille Vallier, sont coresponsables de la Law Clinic sur les droits des personnes vulnérables de la Faculté de droit de l'Université de Genève. La Law Clinic 2016-2017 porte sur les droits des personnes LGBTI à Genève.

²Les termes «transsexuel» et «transsexuelle» sont sujets à controverse parmi les personnes trans*, car ils peuvent être stigmatisants en raison de leur connotation médicale.

³Voir par exemple les définitions proposées dans Amnesty International, L'Etat décide qui je suis, pp. 12-13, sous le lien: <https://www.amnesty.org/en/documents/EUR01/001/2014/en/> (dernière consultation: 12.10.2016).

⁴CrEDH, arrêt de la Cour plénière N° 9532/81 «Rees c. Royaume-Uni» du 10.10.1986.

⁵Voir CrEDH, arrêt de la Cour plénière N° 9532/81 «Rees c. Royaume-Uni» du 10.10.1986; CrEDH, arrêt de la Cour plénière N° 10843/84 «Cossey c. Royaume-Uni» du 27.09.1990; CrEDH, arrêt de la Grande Chambre N° 21830/93 «X. Y. et Z. c. Royaume-Uni» du 22.04.1997; CrEDH, arrêt de la Grande Chambre N° 31-32/1997/815-816/1018-1019 «Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni» du 30.07.1998.

⁶CrEDH, arrêt de la Cour plénière N° 13343/87 «B. c. France» du 25.03.1992.

⁷CrEDH, arrêt de la Grande Chambre N° 28957/95 «Goodwin c. Royaume-Uni» du 11 juillet 2002.

⁸Alecs Recher, *Les droits des personnes trans**, in Andreas Ziegler/Michel Montini et alii (Ed.), *Droit LGBT – droits des gays, lesbiennes, bisexuels et transgenres en Suisse*, 2^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2014, pp. 101-219. Voir également les sites de l'association Transgender Network (<https://www.transgender-network.ch/fr/>) et du Groupe Trans 360 de l'association 360 (<http://association360.ch/trans/>) qui mentionnent quelques aspects juridiques concernant les personnes trans*.

⁹Requête N° 79885/12 «A.P. c. France»; Requête N° 52471/13 «Garçon c. France»; Requête N° 52596/13 «Nicot c. France».

¹⁰Requête N° 55216/08 «Vivaldo c. Italie».

¹¹CrEDH, arrêt de la 2^e Chambre N° 27527/03 «L. c. Lituanie» du 11.09.2016; CrEDH, arrêt de la 2^e Chambre «Y.Y. c. Turquie» du 10.03.2015.

¹²CrEDH, arrêt de la 2^e Chambre «Y.Y. c. Turquie» du 10.03.2015.

¹³CrEDH, arrêt de la 1^{re} Chambre N° 29002/06 «Schlumpf c. Suisse» du 8.01.2009.

¹⁴ATF 114 V 162, c. 4.

¹⁵Alecs Recher, *personnes trans*, pp. 146 ss.

¹⁶Notamment CrEDH, arrêt de la 1^{re} Chambre N° 30141/04 «Schalk et Kopf c. Autriche» du 24.06.2010.

¹⁷Avis de droit du 1^{er} février 2012, OFEC, *Transsexualisme*, p. 9; Alecs Recher, *personnes trans*, pp. 136 et 161. Voir également les références à des jugements cantonaux cités dans la partie des conseils juridiques du site de l'association Transgender Network: <https://www.transgender-network.ch/fr/information-2/droit/> (dernière consultation: 12.10.2016).

ces arrêts ne seront pas discutés ici; les lecteurs sont néanmoins invités à se référer à la fiche thématique «identité de genre» de la CrEDH pour plus de précisions¹⁸.

En conclusion, on constate que, si certains droits ont été acquis devant la Cour, les conditions pour les changements de prénom et d'état civil ainsi que pour les opérations de réassignation sexuelle sont encore floues. La situation en Suisse est également préoccupante, puisque, en l'absence d'une loi à ce sujet, la jurisprudence varie fortement entre cantons, contribuant à une incertitude juridique et à des inégalités de traitement importantes.

3. Quelques aspects critiques

Après avoir présenté l'état de la jurisprudence de la Cour sur les droits des personnes trans*, la présente section se propose de mettre en lumière quelques aspects critiques qui ressortent de l'analyse de ces arrêts¹⁹.

Tout d'abord, la Cour utilise dans ses jugements une terminologie approximative, voire offensante envers les personnes trans*, particulièrement dans les opinions dissidentes et concordantes. Par exemple, dans une opinion dissidente du juge Pinheiro Farinha dans l'arrêt *B. c. France* de 1992, ce dernier affirme que «[l]e requérant (je n'utiliserai pas le féminin, parce que je ne connais pas le sexe social et je ne reconnais pas le droit de quelqu'un à changer de sexe à sa guise) n'est pas un vrai transsexuel»²⁰. Notons toutefois que, si certains juges se montrent particulièrement réfractaires, d'autres, au contraire, soutiennent des positions progressistes, comme le juge Martens dans son opinion dissidente à l'arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* de 1990²¹. Dans cette opinion, le juge Martens critique

notamment l'aspect technique des arrêts de la Cour, la pathologisation de la question ou encore l'aspect politique des décisions.

Ensuite, sur le fond, la Cour donne, selon nous, beaucoup de poids à la marge d'appréciation des Etats ainsi qu'à l'évolution de la société et de la science. Or, ces éléments sont hautement politiques et permettent bien souvent à la Cour d'éviter de se prononcer sur des questions délicates de droits humains.

Le fait que seuls des cas concernant des personnes transsexuelles aient été soumis à la Cour constitue une autre limite de la jurisprudence de cette dernière. Elle n'a ainsi pas eu à se prononcer sur la protection des personnes transgenres et, au vu des jugements rendus concernant les personnes transsexuelles, on peut s'interroger sur le traitement qui leur sera accordé.

Il faut aussi noter que les arrêts de la Cour ont parfois eu pour effet d'opposer des revendications en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre. En effet, certains requérants et certaines requérantes n'ont pas hésité à utiliser des arguments hétérosexistes (en lien avec leurs croyances religieuses) pour faire avancer leurs droits, notamment dans l'objectif, suite à un changement d'état civil, de rester mariés et de ne pas voir leur mariage transformé en partenariat²².

Finalement, en traitant des questions des droits des personnes trans*, la Cour nous semble avoir manqué l'occasion d'une réflexion approfondie sur la binarité du droit, soit en l'espèce sur la pertinence ou l'artificialité des catégories hommes-femmes. On peut en effet se demander pourquoi une personne assignée homme à la naissance ne pourrait pas changer d'état civil sur simple déclaration ou, plus généralement, pourquoi le droit attache tant d'importance à la catégorisation de tout individu

dans les cases hommes ou femmes, alors que certaines personnes ne se reconnaissent pas dans cette binarité. Ces questionnements rejoignent les propos du juge Martens dans son opinion dissidente de 1990 lorsqu'il exprimait que: «[i]nstead of daring to question the legal system that imposed on individuals the need to comply with a gender role that has been forced on them, the Court opted for identifying transsexuality as the problem. The system appeared as unquestionable and it was the transsexual who failed to fit in, and therefore could not obtain the recognition of his/her sex.»²³

Djemila Carron¹, Dr en droit.

Camille Vallier, LL.M.

¹⁸CrEDH, Fiche thématique – Identité de genre, voir le lien: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_FRA.pdf (dernière consultation: 12.10.2016).

¹⁹Pour aller plus loin dans ces critiques, voir, par exemple, Damian A. Gonzalez-Salzburg «The Accepted Transsexual and the Absent Transgender: A Queer Reading of the Regulation of Sex/Gender by the European Court of Human Rights», *in* *American University International Law Review*, 29(4), pp. 797-827.

²⁰Opinion dissidente de M. le juge Pinheiro Farinha, dans CrEDH, arrêt de la Cour plénière N° 13343/87 «B. c. France» du 25.03.1992.

²¹CrEDH, arrêt de la Cour plénière N° 10843/84 «Cossey c. Royaume-Uni» du 27.09.1990.

²²CrEDH, arrêt de la Grande Chambre N° 37359/09 «Hämäläinen c. Finlande» du 16.07.2014.

²³CrEDH, arrêt de la Cour plénière N° 10843/84 «Cossey c. Royaume-Uni» du 27.9.1990.

Le droit de la famille, entre modernité et tradition

La CrEDH cherche l'équilibre entre les droits des Etats à développer de nouveaux modèles familiaux et la préservation d'institutions traditionnelles.

1. Introduction

En Suisse comme en Europe, l'évolution des formes de vie familiale se retrouve au centre des débats. Si le droit de la famille a toujours été traditionnellement organisé autour du seul couple marié, de nombreuses révisions législatives tendent désormais à reconnaître d'autres modèles familiaux: pour la Suisse, on peut notamment citer les révisions du droit de la protection de l'adulte, du droit du nom, de l'autorité parentale, de l'adoption ou de l'entretien de l'enfant. En mars 2015, suite au postulat Fehr¹, le Conseil fédéral suisse a défini les grandes lignes des réformes à venir en droit de la famille. Le processus législatif en la matière reste cependant fort complexe. A l'heure où l'on parle de familles recomposées, monoparentales ou homoparentales, certains souhaitent un droit de la famille qui soit «moderne et cohérent»². Pour d'autres, en revanche, il est temps de «mettre un terme aux réformes douteuses»³: céder aux conceptions modernistes aurait pour conséquence de faire voler en éclats les fondements mêmes de la famille.

Les questions traitées en Suisse sont aussi souvent débattues de manière simultanée

dans plusieurs autres Etats contractants de la CEDH. En se fondant sur les articles 8 (protection de la vie privée et familiale) et 14 (interdiction de discrimination), la CrEDH a rendu une pléiade d'arrêts portant notamment sur le nom de famille, le mariage, le statut juridique de l'enfant né hors mariage, l'adoption, l'autorité parentale, les expertises génétiques, la procréation médicalement assistée ou encore des questions liées aux personnes transgenres ou transsexuelles⁴. Sa jurisprudence est caractérisée par l'effort de «tenir compte de l'évolution des conceptions des pays européens»⁵ sur une question concrète, tout en interprétant la Convention «à la lumière des conditions de vie actuelles»⁶. Par ailleurs, la jurisprudence strasbourgeoise tend à éviter «une application mécanique et aveugle» de dispositions légales du droit national qui «heurterait de front les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne»⁷.

Notre présentation se limitera à quelques affaires relativement récentes qui ont eu un impact sur le droit suisse et concernent l'autorité parentale, le droit de l'adoption ainsi que la gestation pour autrui. Dans chacun des domaines analysés, la question

¹Postulat 12.3607 de Jacqueline Fehr, «Code civil. Pour un droit de la famille moderne et cohérent».

²Cf. Ingeborg Schwenzer, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- und insbesondere Familienrecht», Fampra.ch 2014, pp. 966 ss.

³Motion 14.3371 Verena Herzog, «Droit du mariage et de la famille. Mettre un terme aux réformes douteuses».

⁴Cf. Michelle Cottier, Judith Wyttenbach, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrecht zu Art. 8 EMRK und ihr Einfluss auf die Schweiz: ausgewählte jüngere Entwicklungen im Bereich des Familienrechts, FamPra.ch 2016, pp. 75 ss.

⁵CrEDH, arrêt N° 22028/04 «Zaunegger c. Allemagne» du 3 décembre 2009, § 60; CrEDH, arrêt N° 19010/07 «X et autres c. Autriche» du 19 février 2013, § 139.

⁶CrEDH, arrêt N° 5856/72 «Tyrer c. Royaume-Uni» du 25 avril 1987, § 3; CrEDH, arrêt N° 22028/04 «Zaunegger c. Allemagne» du 3 décembre 2009, § 60; CrEDH, arrêt N° 39051/03 «Emonet et autres c. Suisse» du 13 décembre 2007, § 66.

⁷CrEDH, arrêt N° 39051/03 «Emonet et autres c. Suisse» du 13 décembre 2007, § 86; CrEDH, arrêt N° 18535/91 «Kroon et autres c. Pays-Bas» du 27 octobre 1994, § 40.

en filigrane est celle de l'équilibre entre les droits des membres à développer de nouveaux modèles familiaux et la préservation d'institutions traditionnelles.

2. Révision de l'autorité parentale

La révision suisse de l'autorité parentale a été influencée par les affaires *Zaunegger c. Allemagne*⁸ et *Sporer c. Autriche*⁹. Le Message portant sur la modification de l'autorité parentale y fait d'ailleurs expressément référence¹⁰. Dans ces deux affaires, la CrEDH traite de la compatibilité des normes du droit interne qui prévoient que l'attribution de l'autorité parentale conjointe peut être refusée de manière unilatérale par la mère, si les parents ne sont pas mariés, avec celles de la Convention¹¹.

Ces deux affaires sont d'un intérêt particulier pour les autorités suisses, à plus d'un titre. D'une part, les législations allemande et autrichienne préoyaient un fonctionnement semblable de l'autorité parentale¹². D'autre part, bien que la question de la révision des dispositions sur l'autorité parentale fût débattue en Suisse depuis de nombreuses années¹³, les parlementaires helvétiques ont exercé une certaine pression au moment où la jurisprudence strasbourgeoise a connu une évolution. La jurisprudence de la CrEDH a ainsi eu une influence notable sur le législateur suisse qui se trouvait alors en pleine révision de l'autorité parentale. A des fins d'exhaustivité, il sied encore de mentionner l'affaire *Buchs c. Suisse*¹⁴ qui n'a cependant pas permis de démontrer que le système suisse d'attribution de l'autorité parentale conjointe, qui prévalait avant la révision, était discriminatoire.

3. Adaptation des dispositions de l'adoption aux nouvelles formes de famille

L'adoption est un autre domaine du droit de la famille qui a été particulièrement influencé par la jurisprudence strasbourgeoise. En effet, la condamnation de la Suisse dans l'affaire *Emonet*¹⁵ ainsi que la jurisprudence récente en matière d'adoption de la CrEDH¹⁶ ont progressivement amené le législateur suisse à s'interroger sur la manière dont le droit de l'adoption pourrait être rendu plus flexible, afin de s'ouvrir aux autres modèles familiaux. Ainsi, le texte soumis au vote final du 17 juin 2016 concernant la modification du droit de l'adoption¹⁷ permet désormais l'adoption de l'enfant de son conjoint, de son partenaire enregistré ou de la personne avec laquelle elle mène, de fait, une vie de couple (hétérosexuelle ou homosexuelle)¹⁸ si le couple fait ménage commun depuis au moins trois ans et que ni l'adoptant, ni le parent biologique ne sont liés à un tiers par un mariage ou un partenariat enregistré (art. 264 nCC).

4. Gestation pour autrui

L'ATF 141 III 312 du 21 mai 2015 traite de la question de la reconnaissance d'un jugement de paternité californien concernant une gestation pour autrui en faveur de deux partenaires enregistrés suisses. Le Tribunal fédéral (TF) retient que la réserve d'ordre public s'applique à la demande d'établissement d'un lien de filiation en raison du contournement significatif de la législation suisse. Le TF, en se référant aux affaires *Mennessee c. France*¹⁹, *Labassee*

*c. France*²⁰, et *Paradiso et Campanelli c. Italie*²¹, rappelle cependant que le droit d'établir un lien de filiation avec un parent biologique doit également être protégé²². Par conséquent, ladite réserve d'ordre public peut être levée si son application entre en opposition avec l'intérêt supérieur de l'enfant²³. Dans cette affaire, le TF déduit finalement qu'il est compatible avec la jurisprudence de Strasbourg de reconnaître partiellement la décision américaine, en établissant un lien de filiation uniquement avec le père génétique.

Cet arrêt du TF laisse néanmoins plusieurs questions importantes en suspens. On peut notamment s'interroger sur la question de la coordination de cet arrêt avec la révision du droit de l'adoption qui prévoit la possibilité, pour les partenaires enregistrés, d'adopter, l'enfant de leur partenaire²⁴. Il convient de relever qu'au niveau international, un groupe d'experts a été formé dans le cadre de la Conférence de La Haye, afin d'assurer une harmonie au sein des conventions de maternité de substitution à caractère international. Toutefois, la réunion de 21 experts, qui s'est tenue du 15 au 18 février 2016 à La Haye, n'a pas permis d'aboutir à une solution définitive²⁵. Enfin, le TF a eu l'occasion de confirmer sa jurisprudence en matière de gestation pour autrui dans l'ATF 141 III 328 où il traite des conditions de reconnaissance d'un certificat de naissance californien qui établit un lien de filiation à l'égard d'un couple hétérosexuel, alors qu'aucun rapport génétique n'existait avec l'enfant.

5. Conclusion

A l'heure où l'on parle d'un droit européen de la famille²⁶, la manière dont la jurisprudence

de la CrEDH influe sur les droits nationaux de la famille est une question plus actuelle que jamais. L'équilibre entre la reconnaissance de nouveaux modèles familiaux et le respect pour la diversité des approches nationales – certaines plus traditionnelles que d'autres – demeure complexe. Avant de critiquer la CrEDH pour son approche jugée trop casuistique ou sa jurisprudence difficilement prévisible²⁷, il faut se remémorer qu'elle a la tâche difficile d'inciter les Etats contractants à une ouverture d'esprit soutenue par le *Zeitgeist* contemporain, sans pour autant leur imposer des changements qui n'ont aucun fondement dans les valeurs sociales prévalant en Europe. C'est une balance subtile, et la Cour elle-même fait parfois marche arrière, comme par exemple dans sa jurisprudence relative au désaveu de paternité du mari: alors que, dans l'affaire Kroon de 1994²⁸, la CrEDH, en se fondant sur un apparent consensus parmi les pays contractants sur la question, avait admis une violation de l'art. 8 lorsque le droit national ne permettait pas la contestation de la paternité du mari par le père biologique, elle a nié une quinzaine d'années plus tard toute incompatibilité d'une telle règle nationale avec la Convention dans l'affaire Chavdarov²⁹, en considérant qu'un consensus européen faisait défaut.

Le droit de la famille suisse a connu, à l'instar d'autres pays européens, des modernisations importantes, influées, en grande partie, par la CrEDH. On constate toutefois que, généralement, la Suisse ne va pas au-delà de ce qui est absolument nécessaire, afin d'être compatible avec la jurisprudence de la

Cour. Par exemple, suite aux affaires Emonet et X et autres c. Autriche, le nouveau droit suisse de l'adoption s'est contenté d'un droit, pour les concubins et les partenaires enregistrés, d'adopter l'enfant de l'autre, sans pourtant franchir le pas d'une adoption commune pour ces couples en question. La même approche ponctuelle et restrictive se reflète aussi à l'égard du droit de connaître ses origines, des méthodes de procréation médicalement assistée, du désaveu de paternité du mari ou, dans un premier temps, du nom de famille. Si l'on peut déduire de ce comportement hésitant une caractéristique typique du processus législatif helvétique, la réticence de la Suisse à suivre les élans progressistes de Strasbourg est aussi un facteur à prendre en compte. Pourtant, les évolutions jurisprudentielles de la CrEDH ne doivent pas être vues comme subversives, mais bien plus comme une mise à jour constante du droit aux différents modes de vie familiale. Faire partie de ce système européen est clairement un avantage pour la Suisse qui s'évite ainsi une vision purement nombreliste.

Christiana Fountoulakis,

professeure de droit des personnes et de la famille à l'Université de Fribourg.

Jean-Damien Meyer,

MLaw assistant-diplômé à l'Université de Fribourg.

⁸CrEDH, arrêt N° 22028/04 «Zaunegger c. Allemagne» du 3 décembre 2009. Cf. aussi Philippe Meier, L'autorité parentale conjointe – L'arrêt de la CourEDH Zaunegger c. Allemagne – quels effets sur le droit suisse?, RMA 2010 pp. 246 ss; Marie-Laure Papaux Van Delden, Familles et Convention européenne des droits de l'homme: Incidences en droit de la filiation, in Baddeley et alii (Ed.), Le droit civil dans le contexte international. Journée de droit civil 2011, Genève/Zurich 2012, 1, pp. 33 ss. ⁹CrEDH, arrêt N° 35637/03 «Sporer c. Autriche» du 3 février 2011.

¹⁰Message concernant la modification de l'autorité parentale du 16 novembre 2011, FF 2011 8337.

¹¹*Ibid.*

¹²FF 2011 8337, ch. 16.2.1; Meier, RMA 2010, pp. 246 ss.

¹³FF 2011 8315 ss; cf. aussi Guillaume Choffat, Réflexions sur la réforme de l'autorité parentale conjointe: une promesse déçue?, SJ 2015 II, pp. 167 ss.

¹⁴CrEDH, arrêt N° 9929/12 du 27 mai 2014.

¹⁵CrEDH, arrêt N° 39051/03 «Emonet et autres c. Suisse» du 13 décembre 2007.

¹⁶Cf. p. ex. CrEDH, arrêt N° 19010/07 «X et autres c. Autriche» du 19 février 2013.

¹⁷Le délai référendaire a expiré le 6 octobre 2016.

¹⁸Modification du droit de l'adoption du 17 juin 2016, FF 2016 4757 ss.

¹⁹CrEDH, arrêt N° 65192/11 «Mennesson c. France» du 26 juin 2014.

²⁰CrEDH, arrêt N° 65941/11 «Labassee c. France» du 26 juin 2014.

²¹CrEDH, arrêt N° 25358/12 «Paradiso et Campanelli c. Italie» du 27 janvier 2015.

²²ATF 141 III 312, c. 6.

²³ATF 141 III 312, c. 6.2 ss.

²⁴Cf. Véronique Boillet, Estelle De Luze, Mère porteuse, parents d'intention, homoparentalité... Et l'enfant?, Analyse de l'arrêt du TF 5A_748/2014 du 21 mai 2015, n. 60 ss, Jusletter du 5 octobre 2015.

²⁵Conférence de La Haye de droit international privé, rapport de la réunion de février 2016 relatif au projet filiation, maternité de substitution.

²⁶Cf. Dieter Martiny, Europäisches Familienrecht – Utopie oder Notwendigkeit?, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 59 1995, pp. 419 ss; Katharina Boele Woelki, Angleichung der Familienrecht in Europa von «unten»: Das Projekt der Commission on European Family Law, in Deixler-Hübner, Schauer (Ed.), *Migration, Familie und Vermögen, Vom Europäischen Erbrecht bis zu binationalen Ehe*, Vienne 2014, pp. 11 ss.

²⁷Cf. Katharina Fontana, Die Schweiz und «Strassburg» – Weder verklären noch verteufeln, in *NZZ Online* du 6.4.2016; Daniel Rietiker, Die EMRK und der EGMR – Aktuelle Entwicklungen und Herausforderungen, in *40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK – Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014*, Zurich 2015, 241 ss.

²⁸CrEDH, arrêt N° 18535/91 «Kroon et autres c. Pays-Bas» du 27 octobre 1994, § 40.

²⁹CrEDH, arrêt N° 3465/03 «Chavdarov c. Bulgarie du 21 décembre 2010», § 47.

Assurances sociales: les leçons de l'arrêt «Di Trizio c. Suisse»

La CrEDH a déclaré qu'était discriminatoire la méthode que le TF a consacrée pour évaluer l'invalidité des personnes travaillant à temps partiel. Cette méthode, dite mixte, conduit à des taux d'invalidité notablement inférieurs à ceux obtenus au moyen des autres méthodes d'évaluation de l'invalidité, et concerne presque exclusivement des mères de famille. La CrEDH conclut dès lors à une discrimination indirecte des femmes.

1. Etat de faits

Jeune vendeuse, l'assurée perd 50% de sa capacité de travail en raison de douleurs dorsales. L'office AI du canton de Saint-Gall retient un taux d'invalidité de 50% et lui octroie une demi-rente. À la naissance de ses jumeaux, le taux d'invalidité est révisé à la baisse: 44%. La jeune mère ne reçoit donc plus qu'un quart de rente. Cerise sur le gâteau, lorsque la situation financière de la famille se détériore suite à la perte d'emploi du mari, la rente de l'assurée est supprimée, du fait de l'application de la méthode dite mixte d'évaluation de l'invalidité, applicable aux personnes travaillant à temps partiel (degré d'invalidité tombé à 22%).

L'assurée a porté l'affaire devant la CrEDH (requête N° 7186/09), invoquant une discrimination fondée sur le sexe et l'invalidité, contraire à l'art. 14 CEDH (interdiction de discrimination) combiné avec l'art. 8 CEDH (droit au respect de la vie privée et familiale)¹.

2. Méthode d'évaluation de l'invalidité selon la LAI

La Loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI) confère un droit à une rente d'invalidité à toute personne domiciliée en Suisse qui subit une diminution durable de sa capacité de gain ou de sa capacité à accomplir ses travaux habituels en raison d'une atteinte à sa santé. Pour évaluer l'invalidité, diverses méthodes sont applicables.

S'agissant des personnes exerçant une activité lucrative à 100%, l'invalidité est évaluée par la méthode générale². Quant aux personnes accomplissant uniquement des travaux habituels, tels que le ménage, l'invalidité est en revanche déterminée selon la méthode spécifique³. Pour ce qui est enfin des personnes travaillant à temps partiel, c'est la méthode mixte qui s'applique, combinant les méthodes générale et spécifique.

Le «statut» (actif à 100%, partiellement actif ou sans activité lucrative) est la notion qui

permet de déterminer la méthode applicable. Il est évalué sur la base d'hypothèses, faites en fonction des circonstances du cas d'espèce, en l'occurrence la situation familiale (les enfants) et les besoins financiers.

3. Méthode mixte: pratique actuelle du TF

Le TF n'utilise pas les mêmes bases pour évaluer l'invalidité relative à l'activité lucrative et celle relative aux travaux habituels⁴. En effet, la perte de la capacité d'accomplir les travaux ménagers est toujours calculée sur l'ensemble du ménage, peu importe si l'assurée s'en occupe à 50, 60 ou 100%. En revanche, au niveau de l'activité lucrative, le TF ne se base pas sur un temps complet pour évaluer la capacité résiduelle de travail, mais considère uniquement la perte de gain résultant de la comparaison entre le revenu réalisable après la survenance de l'invalidité et celui obtenu auparavant. En l'occurrence, dans l'hypothèse où la requérante devrait travailler à 50% pour des raisons financières (chômage du

mari), elle ne subirait donc aucune perte de gain. Même en accordant une déduction de 10% en raison de chances réduites sur le marché général du travail, elle n'atteindrait qu'un taux d'invalidité de 27%, calculé de la façon suivante: $10\% (\text{travail}) \times 0.5 + 44\% (\text{ménage}) \times 0.5$. Cet exemple montre que le TF tient compte deux fois du facteur de réduction dont le taux partiel de l'activité lucrative sert de prétexte: la première fois, lors de la comparaison des revenus, et la seconde, lors de la pondération des deux champs d'activité (50% travail et 50% ménage). Le taux partiel de l'activité lucrative est même pris en compte une troisième fois, puisque la rente AI est calculée sur la base du salaire annuel moyen, lequel est manifestement inférieur, proportionnellement au salaire résultant d'un travail à temps plein.

Conséquences de cette jurisprudence du TF: au lieu de se situer entre le taux d'invalidité calculé selon les méthodes générale (50%) et spécifique (44%), le taux d'invalidité calculé selon la méthode mixte (27%) est fortement réduit, conduisant, dans la plupart des cas, à un refus ou à une perte de rente. Ce qui précède est d'autant plus grotesque qu'une mère qui tâche de concilier vie professionnelle et vie familiale est nettement plus accaparée qu'une femme se consacrant exclusivement à l'une ou à l'autre.

4. Champ d'application de l'art. 8 CEDH

Le Gouvernement suisse a contesté l'applicabilité de l'art. 8 CEDH aux circonstances de l'espèce, en précisant que les prestations pécuniaires directes de l'Etat tombent sous le coup du Protocole additionnel N° 1, non ratifié par la Suisse. Une

minorité de la Cour (trois voix contre quatre) s'est ralliée à ce point de vue dans une opinion dissidente. Il faut toutefois rappeler que, selon la jurisprudence constante de la CrEDH en matière de discrimination, le seuil pour admettre un rapport avec l'exercice d'un droit conventionnel est relativement bas, l'art. 14 CEDH ne faisant que compléter les autres clauses matérielles, et s'appliquant lorsque les faits du litige tombent dans le champ d'un autre droit ou d'une autre liberté garantis par la Convention.

La Cour a donc admis que la présente affaire concernait des questions liées à l'organisation de la vie familiale (c. 62) ainsi qu'à l'autonomie personnelle (c. 63 s.), tout en précisant que l'art. 8 CEDH englobait aussi des intérêts matériels (c. 60). Dans ce contexte, il convient de souligner que la requérante n'a pas exigé une prestation financière de l'Etat fondée sur l'art. 8 CEDH, puisque la législation suisse confère elle-même un droit direct aux prestations de l'AI, soit à des prestations d'assurance pour lesquelles l'assuré a versé des primes. Du fait que la Suisse a volontairement décidé de protéger la perte de gain et la réduction de la capacité à accomplir les travaux habituels dues à une atteinte à la santé, la LAI doit être appliquée de manière non discriminatoire à tous les assurés, indépendamment du type de leur activité (c. 97).

5. Violation de l'art. 14 en combinaison avec l'art. 8 CEDH

Pour contester le caractère discriminatoire de la méthode mixte, le TF considère que la perte de revenu due à une réduction de l'activité lucrative suite à la naissance d'un enfant résulte de causes socié-

tales et non de l'invalidité⁵. Tel phénomène de société ne serait donc pas le résultat de facteurs liés à la santé, et ne devrait donc pas être compensé par l'AI. Or, la critique adressée à l'encontre de la méthode mixte ne vise pas la baisse de revenu consécutive à une diminution du taux d'activité pour s'occuper des enfants. Ce qui est critiqué, c'est que, par le biais de la méthode incriminée, la décision d'octroyer ou non une rente AI ne se limite pas à refléter cette diminution du taux d'activité, mais elle en amplifie les conséquences et génère ainsi une perte artificielle qui n'est en rien proportionnelle à la perte réelle de revenu. Il n'est pas contesté que, sans invalidité et après son congé maternité, la requérante aurait diminué son taux d'activité de 100% à 50%, n'obtenant ainsi plus qu'un revenu issu d'une activité à 50%. Devenue invalide, et sur la base de la méthode mixte, elle perd cependant entièrement la compensation de son revenu et n'obtient rien. En d'autres termes: au lieu de perdre la moitié de son revenu (dû à la naissance des jumelles), elle en perd la totalité (du fait de la méthode incriminée de calcul de l'invalidité).

Dans son opinion dissidente, la minorité de la Cour semble avoir ignoré cette amplification de l'effet dû au facteur réducteur qu'est le taux d'activité partiel. De plus, elle est partie de l'idée, erronée, que la requérante pouvait librement indiquer à quel taux elle aurait souhaité exercer son activité après la naissance de ses deux filles. En pratique, même si la question du statut est posée formellement par l'enquêtrice lors de l'enquête ménagère chez l'assurée, l'office AI prend néanmoins généralement la circonstance d'un travail à temps partiel comme base de calcul, alléguant que, selon l'expérience générale de la vie, les mères avec des enfants en bas âge ne travaillent

pas à temps complet. La majorité de la Cour observe en revanche une prise de conscience du fait que la méthode mixte ne s'accorde plus avec la poursuite de l'égalité des sexes dans la société contemporaine, où les femmes ont de plus en plus le souhait légitime de pouvoir concilier vie familiale et intérêts professionnels (c. 98 ss.). Le fait qu'une rente soit annulée par le seul fait que la personne assurée devienne mère a du reste déjà été jugé discriminatoire en 1995⁶.

La Cour ne méconnaît pas l'essence et les contraintes d'un système d'assurance, mais elle précise que la maîtrise des dépenses doit s'effectuer de manière non discriminatoire (c. 96). Bien que la LAI poursuive un but légitime (c. 93), cet objectif doit néanmoins être apprécié à la lumière de l'égalité des sexes, qui est un but important de la CEDH (c. 82).

Sur la base des statistiques fournies par les parties, qui démontrent que la méthode mixte est appliquée, dans la majorité écrasante des cas (98%)⁷, à des femmes après la naissance d'un enfant, la Cour présume une discrimination indirecte des femmes (c. 90). Elle observe également que l'application de la méthode mixte au sens de la jurisprudence du TF est depuis un certain temps sujette à la critique, de la part de certains tribunaux cantonaux comme d'une partie de la doctrine (c. 98 ss.). Etant donné que d'autres méthodes de calcul

respectant mieux le choix d'une femme de travailler à temps partiel suite à la naissance d'un enfant sont concevables (c. 101), la Cour ne voit pas de justification objective et raisonnable à cette inégalité de traitement (c. 103). Dans ce contexte, elle souligne que le refus d'octroi de toute rente, même partielle, entraîne pour la requérante des conséquences concrètes importantes (c. 102). Elle conclut, par une majorité de quatre voix contre trois, à une violation de l'art. 14 combiné avec l'art. 8 CEDH.

6. Vers une nouvelle jurisprudence?

Il convient de marteler que l'actuel art. 28a LAI (respectivement l'art. 28 al. 2ter de la LAI dans sa version en vigueur à l'époque des faits) ne prévoit nulle part une différence de traitement entre une catégorie d'assurés et une autre. Il sied donc d'admettre que tous les assurés se trouvent dans une situation comparable, indépendamment du type de leur activité.

Pour aboutir à un résultat non discriminatoire, il suffirait de déterminer la perte de gain en se basant sur un travail à 100% (comme le TF le fait du reste en matière d'assurance-accidents par exemple, et comme cela a déjà été proposé par le biais d'une initiative parlementaire⁸). Cette méthode mixte améliorée permettrait de ne plus

prendre en compte le taux de travail à temps partiel qu'une seule fois, à savoir lors de la pondération des deux champs d'activité. (Voir le calcul du taux d'invalidité dans le tableau ci-dessous).

7. Perspectives

Il appartient donc au TF de modifier sa pratique discriminatoire d'évaluation de l'invalidité. Celle-ci conduit à des effets absolument intolérables – allant jusqu'à la perte de rente, comme en l'espèce – et, par conséquent, à une discrimination flagrante des mères essayant de concilier famille et travail.

L'avantage de la méthode mixte améliorée qui ressort du tableau ci-dessous, et que nous avons du reste proposée dans le cadre de notre demande de révision de l'arrêt du TF litigieux⁹, serait d'aboutir à un taux d'invalidité se situant entre les taux calculés selon les méthodes générale et spécifique, résultat qui serait non seulement beaucoup plus logique, mais surtout plus équitable.

On relève enfin que le Tribunal cantonal du canton de Saint-Gall a d'ores et déjà pris le parti d'adapter sa jurisprudence à l'arrêt «Di Trizio c. Suisse»¹⁰.

Andrea Mengis,

avocate, responsable adjointe du Service juridique de Procap, Olten

¹CrEDH, arrêt de la 2^e Chambre N° 7186/09 «Di Trizio contre Suisse» du 2.2.2016; à noter que le Gouvernement suisse a demandé le renvoi de l'affaire par-devant la Grande Chambre de la CrEDH, une demande qui a été rejetée par le collège compétent, lors de sa séance du 4 juillet 2016.

²La méthode générale consiste à comparer les revenus avec et sans atteinte à la santé; la perte de gain correspond alors au taux d'invalidité.

³Les taux de capacité, avec et sans atteinte à la santé, d'accomplir les tâches dans les divers champs d'activité ménagère (cuisine, nettoyage, etc.) sont évalués lors d'une enquête à domicile, et comparés.

⁴Se trouvent à la base de cette pratique actuelle les arrêts suivants: ATF 125 V 146, confirmé par ATF 133 V 504, confirmé à son tour par ATF 137 V 334, selon lequel «La méthode mixte d'évaluation de l'invalidité ne viole pas le droit au respect de la vie privée et familiale garantie par les art. 13 al. 1 Cst. et 8 CEDH et les principes de l'égalité de traitement et de l'interdiction de la discrimination consacrés à l'art. 8 Cst.».

⁵Voir aussi ATF 137 V 334, c. 6.2.2.

⁶CrEDH, arrêt N° 14518/89 «Schuler-Zraggen c. Suisse» du 31.1.1995.

⁷Rapport du Conseil fédéral du 1^{er} juillet 2015 intitulé «Assurance-invalidité: évaluation du taux d'invalidité des personnes travaillant à temps partiel», en réponse au postulat de Jans Beat (12.3960 «Assurance-invalidité. Les travailleurs à temps partiel sont désavantagés») du 28 septembre 2012.

⁸Initiative parlementaire Pa. Iv. 00.454 du conseiller national Marc F. Suter du 06.10.2000.

⁹TF 9C_49/2008 du 28.07.2008.

¹⁰Entscheidung Versicherungsgericht des Kantons St.Gallen IV 2014/125 du 24 mai 2016 et IV 2014/37 du 19.07.2016.

Taux d'invalidité variable pour une atteinte à la santé invariable

Méthode	Faits	Travail	Ménage	Taux d'invalidité	Rente
Générale	Travail 100% (mariée pas d'enfants)	100% -50%	0%	50%	Demi
Spécifique	Travail 0% (jumelles)	0%	100% -44%	44%	Quart
Mixte	Travail 54% (jumelles, besoins financiers)	50% -10% x 0.5	50% -44% x 0.5	27%	Rien
Mixte améliorée	Travail 54% (jumelles, besoins financiers)	50% -50% x 0.5	50% -44% x 0.5	47%	Quart

PROCAP

La Convention européenne des droits de l'homme et le procès civil

Le champ d'application de l'art. 6 CEDH et ses garanties en matière civile.

1. Le champ d'application de l'art. 6 CEDH

A) L'art. 6 CEDH garantit le droit à un procès équitable en matière civile et pénale, mais pas pour les litiges relevant du droit public. La justice administrative étant encore fort peu développée au moment de la rédaction de la Convention européenne des droits de l'homme, en 1950, ses auteurs n'ont pas jugé nécessaire de l'inclure dans le champ d'application de l'art. 6.

Toutefois, à l'instar de la notion d'«accusation en matière pénale» et de nombreux autres termes figurant dans la Convention (comme celle de juge, de tribunal ou encore de vie familiale), l'expression «contestations sur des droits et obligations de caractère civil» est une notion dite autonome. Cela signifie qu'elle ne doit pas être interprétée par référence exclusive au droit interne de l'Etat défendeur. C'est, au contraire, la Cour qui la définit, de telle sorte que cette notion puisse s'appliquer de manière uniforme dans tous les Etats parties à la Convention.

Dans le but d'assurer une protection aussi large que possible aux justiciables, la Cour a

très tôt interprété cette notion de manière extensive, ce qui n'a d'ailleurs pas manqué de soulever des critiques de la part de la doctrine. Ainsi, un différend qui relève en droit interne du droit administratif tombe en général, pour la Cour, dans le champ d'application de l'art. 6. C'est en particulier le cas de tout le contentieux des assurances sociales¹, du droit du travail², des salaires ou des pensions³.

Selon la dernière jurisprudence de la Cour⁴, il existe une présomption d'application de l'art. 6 même pour les litiges relevant de la fonction publique, sauf si le droit interne l'exclut expressément.

On le voit, le champ d'application de la notion de «contestations en matière civile» est très vaste, puisqu'il recouvre des matières qui, selon le droit interne, relèvent du droit administratif.

B) A partir de quel moment l'art. 6 s'applique-t-il? Certainement depuis le début du procès proprement dit. Mais dans son arrêt de Grande Chambre Micallef c. Malte⁵, la Cour a précisé un point demeuré longtemps controversé: l'art. 6 s'applique déjà au stade des mesures provisoires, pour les raisons suivantes. Ces mesures

sont souvent appelées à s'appliquer pendant des périodes relativement longues, durant lesquelles elles se substituent en pratique à la décision sur le fond; mesures provisoires et décisions sur le fond concernent les mêmes droits et obligations de caractère civil; enfin et surtout, l'inobservation des garanties de l'art. 6 pendant la phase des mesures provisoires ne peut pas toujours être réparée dans le cadre de la procédure sur le bien-fondé, en particulier si le préjudice subi par la victime revêt un caractère irréversible.

Dans cette affaire, la Cour a constaté une violation du principe de l'impartialité, car le président du tribunal qui avait ordonné les mesures conservatoires était le frère de l'un des avocats de la partie adverse.

Selon la jurisprudence, l'art. 6 s'applique non seulement avant le début du procès proprement dit, mais également après le prononcé du jugement, dans la phase de son exécution. Pour la Cour en effet, la non-exécution d'un jugement interne entraîne une violation de l'art. 6, car l'exécution d'un jugement est une partie intégrante du procès au sens de cette disposition⁶. Dans la première de ces affaires, les autorités russes n'avaient pas, pendant plusieurs années, versé

¹CrEDH, arrêt de la Cour plénière N° 8562/79 «Feldbrugge c. Pays-Bas» du 29.05.1986.

²CrEDH, arrêt de Chambre N° 13942/88 «Kraska c. Suisse» du 19.04.1993 (autorisation de pratiquer la médecine).

³CrEDH, arrêt de la Grande Chambre N° 28541/95 «Pellegrin c. France» du 8.12.1999.

⁴CrEDH, arrêt de la Grande Chambre N° 63235/00 «Vilho Eskelinen et autres c. Finlande» du 19.04.2007.

⁵CrEDH, arrêt de la Grande Chambre N° 17056/06 «Micallef c. Malte» du 15.10.2009.

⁶CrEDH, arrêt (pilote) de la 1^{re} Chambre N° 33509/04 «Bourdiv c. Russie» du 15.01.2009; CrEDH, arrêt de la 5^e Chambre N° 65829/12 «Tchokontio Happi c. France» du 9.04.2015.

au recourant la pension qui lui avait été allouée par les tribunaux internes.

L'art. 6 est donc susceptible de s'appliquer en amont et en aval du procès proprement dit.

2. Les garanties de l'art. 6 en matière civile

2.1. Le droit d'accès aux tribunaux

1) Ce droit n'est pas expressément mentionné à l'art. 6, mais l'est, selon la jurisprudence, de manière implicite. Dans l'affaire *Golder c. Royaume-Uni*⁷, la Cour a constaté une violation de cette disposition, au motif que le requérant, détenu, avait été empêché de prendre contact avec un avocat pour intenter un procès en diffamation contre un gardien de prison.

Dans l'affaire *Airey c. Irlande*⁸, la Cour a fait le même constat au sujet d'une femme de conditions modestes qui se trouvait dans l'impossibilité de rémunérer un avocat dans le but de saisir la Cour suprême de son pays pour obtenir la séparation d'avec son époux. Elle a constaté une violation de l'art. 6 au titre du droit d'accès au juge.

La Cour a d'abord reconnu la nécessité d'être assisté d'un avocat pour pouvoir saisir la Cour suprême. Au vu des conditions modestes de la requérante, elle a jugé que cette assistance aurait dû être gratuite. La gratuité de l'assistance judiciaire n'étant toutefois prévue, dans la Convention, que pour les procès pénaux⁹, la Cour, dans une jurisprudence audacieuse, l'a alors déduite de la notion même de procès équitable.

Le TF a aligné sa jurisprudence sur celle de la Cour. Dans un arrêt rendu il y a plus de vingt ans déjà, il a par exemple

jugé qu'une loi cantonale qui exclut tout contrôle judiciaire des plans d'aménagement du territoire, y compris de ceux qui ont comme effet de conférer le droit d'exproprier, n'est pas compatible avec l'art. 6¹⁰.

Dans une autre affaire, il a estimé que la décision de retirer l'autorisation d'exercer la profession de notaire dans sa forme de profession libérale doit pouvoir être attaquée devant un tribunal. Si pareille possibilité n'est pas prévue par le droit cantonal, le législateur a l'obligation de légiférer dans ce domaine¹¹.

On le voit, le droit d'accès aux tribunaux comprend donc le droit d'accéder aux tribunaux existants, mais également celui d'exiger de l'Etat qu'il institue, le cas échéant, les tribunaux et les recours nécessaires.

On rappellera par ailleurs que la jurisprudence de la Cour sur le droit d'accéder aux tribunaux se trouve à l'origine de l'insertion, dans la Constitution fédérale, de l'art. 29a, intitulé «garantie de l'accès au juge».

2) Le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu, mais se prête à des limitations appelant de par leur nature une réglementation par l'Etat. Les Etats jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation et il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention, en vérifiant que les limitations mises en œuvre ne le restreignent pas à un point tel qu'il s'en trouverait atteint dans sa substance même.

Dans l'affaire *Naït-Liman c. Suisse*¹², le requérant, un réfugié tunisien résidant en Suisse depuis de nombreuses années, avait engagé une action civile pour dommages et intérêts contre un ancien ministre de

l'Intérieur tunisien se trouvant alors en Suisse, pour des actes de torture prétendument subis à l'époque dans les locaux du Ministère de l'intérieur tunisien.

Les tribunaux suisses, et en dernier lieu le TF, refusèrent de se reconnaître compétents comme «for de nécessité» au sens de l'art. 3 LDIP. Ils estimèrent que la condition tenant à l'existence d'un «lien de rattachement suffisant» entre la cause du requérant et la Suisse n'était pas remplie. Par conséquent, aux yeux de la Cour, aucune obligation conventionnelle n'obligeait les tribunaux suisses à accepter l'action civile du requérant. La déclaration d'incompétence des tribunaux suisses à propos de l'action en réparation du requérant n'a donc pas violé le droit d'accès à un tribunal du requérant.

Cet arrêt a toutefois été adopté à la majorité la plus faible qui soit, celle de quatre voix contre trois. L'opinion dissidente, fort bien argumentée, des juges minoritaires, pourrait-elle emporter l'adhésion de la Grande Chambre si une éventuelle demande de renvoi¹³ était acceptée? Affaire à suivre...

3) Le droit d'accès aux tribunaux implique que ceux-ci soient investis d'un pouvoir d'examen complet, pouvant porter sur les faits et sur le droit. Dans l'affaire *Weber c. Suisse*¹⁴, notre pays a par exemple été condamné au motif que le TF n'avait pu examiner le recours que sous l'angle étroit de l'arbitraire.

Dans la récente affaire *Al-Dulimi et Montana Management c. Suisse*¹⁵, la Grande Chambre de la Cour a condamné la Suisse pour violation du droit d'accès à un tribunal. L'affaire concernait le gel des avoirs des requérants en Suisse, en application d'une résolution du Conseil de sécurité

de Nations Unies relative aux sanctions contre l'ancien régime irakien. Le TF s'était limité à contrôler si les noms des requérants figuraient bien sur la liste établie par le comité des sanctions et si les avoirs concernés leur appartenaient, mais il avait refusé d'examiner leurs allégations sur la compatibilité de la confiscation de leurs avoirs avec les garanties fondamentales d'un procès équitable. Il avait invoqué à cet effet la primauté absolue des obligations résultant de la Charte des NU, notamment de ses art. 103 et 25, sur toute autre norme de droit international.

De l'avis de la Cour, les requérants auraient, au contraire, dû disposer d'une possibilité réelle de faire examiner au fond, par un tribunal, des éléments de preuve adéquats pour tenter de démontrer que leur inscription sur les listes litigieuses était entachée d'arbitraire. Leur droit d'accéder à un tribunal a donc été atteint dans sa substance même.

4) Dans la pratique judiciaire, le problème du droit d'accès aux tribunaux se pose principalement dans deux hypothèses.

La première est celle de l'obligation d'avancer les frais de justice. Le TF a toujours affirmé que le droit d'accès aux tribunaux implique que les autorités compétentes adoptent les mesures nécessaires pour qu'un tel obstacle matériel n'empêche pas les recourants de saisir les tribunaux¹⁶. En dépit de cette jurisprudence, un certain nombre de requêtes contre la Suisse sont arrivées jusqu'à Strasbourg¹⁷.

La deuxième hypothèse est celle du délai de prescription, lorsque celui-ci s'avère être trop bref. Dans l'affaire *Howald Moor c. Suisse*¹⁸, la Cour a jugé que le délai de prescription de dix ans pour les victimes de maladies induites par le contact

avec l'amiante est trop court, car ces maladies ne sont souvent diagnostiquées que plusieurs années plus tard. Le refus des tribunaux d'examiner l'affaire au motif que le délai de prescription avait été dépassé a donc entraîné une violation du droit d'accès au juge.

2.2. Le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi

1) Au sujet de cette garantie, une première question se pose: s'applique-t-elle également aux tribunaux arbitraux, dès lors que ceux-ci ne sont pas établis par la loi, mais par une convention? La réponse donnée par le TF à cette question est affirmative. Pour les juges de Lausanne, les principes de l'indépendance et de l'impartialité doivent être respectés non seulement par les tribunaux étatiques, mais également par les tribunaux arbitraux. L'obligation de respecter et d'exécuter leurs décisions peut être assimilée à celle qui vaut pour les premiers¹⁹.

Pour notre Cour suprême, la constitution régulière d'un tribunal arbitral constitue une garantie essentielle pour les parties. La violation de pareille garantie entraîne donc l'annulation de la sentence arbitrale. En effet, en signant une convention d'arbitrage, les parties renoncent au droit de voir leur cause jugée par un tribunal établi par la loi. Mais elles sont tout de même en droit d'exiger que les arbitres offrent des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité²⁰.

2) La Cour opère une distinction entre l'impartialité objective et l'impartialité subjective²¹. La démarche subjective conduit à déterminer ce que tel juge pense en son for intérieur en telle circonstance; l'approche objective

consiste, en revanche, à rechercher si ce juge offre des garanties suffisantes. L'accent est mis, ici, sur les apparences («justice must not only be done; it must also be seen to be done»).

3) Le problème de l'impartialité des juges se pose davantage dans le cadre des procès pénaux (par exemple, cumul successif de plusieurs fonctions judiciaires par le même magistrat) que dans les affaires civiles. On recense cependant un certain nombre de cas aussi dans ce domaine.

Dans l'ATF 5A_156/2008, du 9 septembre 2008, le TF a par exemple, jugé que n'est pas contraire à l'art. 6 le fait que le même magistrat se prononce, au civil, sur le procès en divorce de la recourante, alors que, au pénal, il n'avait pas condamné son mari suite aux accusations, qu'elle avait portées contre lui, d'abus sexuels sur sa fille. L'absence de condamnation pénale du mari prononcée par le même juge n'avait non plus aucune incidence sur son droit de rendre visite à sa fille.

Dans l'ATF 114 Ia 57, notre Cour suprême a affirmé que n'est pas contraire à l'art. 6 le fait que le même juge se prononce d'abord sur les mesures protectrices de l'union conjugale, puis sur le divorce des parties.

Dans une autre affaire, elle a, en revanche, jugé que le juge civil qui a prononcé un divorce ne peut pas se prononcer, en tant que juge pénal, sur l'accusation de faux témoignage portée contre un témoin entendu au cours de la procédure de divorce²².

Dans une autre affaire encore, elle a également affirmé que le juge qui s'est déjà prononcé sur l'existence d'un crédit se prononce par la suite sur une action en constatation de l'existence

⁷CrEDH, arrêt de la Cour plénière N° 4451/70 «Golder c. Royaume-Uni» du 21.02.1975.

⁸CrEDH, arrêt de Chambre N° 6289/73 «Airey c. Irlande» du 9.10.1979.

⁹Art. 6 al. 3c CEDH.

¹⁰ATF 119 Ia 321.

¹¹ATF 123 I 87, 96.

¹²CrEDH, arrêt de Chambre N° 51357/07 «Naït-Liman c. Suisse» du 21.06.2016.

¹³Selon l'art. 43 CEDH.

¹⁴CrEDH, arrêt de Chambre N° 11034/84 «Weber c. Suisse» du 22.05.1990.

¹⁵CrEDH, arrêt de la Grande Chambre N° 5809/08 «Al-Dulimi et Montana Management c. Suisse» du 21.06.2016.

¹⁶ATF 130 I 313.

¹⁷CrEDH, arrêt de la 4^e Chambre N° 43874/98 «Linnekogel c. Suisse» du 1.03.2005; CrEDH, arrêt de la 3^e Chambre N° 17263/02 «Landolt c. Suisse» du 31.08.2006; CrEDH, arrêt de la 1^e Chambre N° 10111/06 «Pedro Ramos c. Suisse» du 14.10.2010.

¹⁸CrEDH, arrêt de la 2^e Chambre N° 52067/10 et 41072/11 «Howald Moor c. Suisse» du 11.03.2014.

¹⁹ATF 135 I 14.

²⁰ATF 139 III 511.

²¹CrEDH, arrêt de Chambre N° 8692/79 «Piersack c. Belgique» du 1.10.1982; CrEDH, arrêt de la Grande Chambre N° 22678/93 «Incal c. Turquie» du 9.06.1998.

²²Revue suisse de droit international et européen (RSDIE) 2009, p. 443, ch. 6.1.7.

d'une dette n'est pas contraire à l'art. 6²³.

2.3. Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable

1) «Justice delayed is justice denied», disent les juristes anglo-saxons. Si ce principe trouve dans le procès pénal son champ d'application privilégié, on recense néanmoins quelques exemples empruntés aux procès civils. Le TF, a, par exemple, jugé que le blocage d'un compte bancaire ne peut pas être maintenu pour un temps indéfini. Les autorités compétentes doivent faire en sorte que la procédure d'entraide judiciaire internationale se termine dans un délai raisonnable²⁴.

2) Les critères établis par la Cour pour déterminer si un certain délai peut être qualifié de raisonnable sont les suivants: la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et le comportement des autorités, ce dernier critère étant celui qui conduit le plus souvent la Cour à constater une violation de l'art. 6.

Si ces trois critères sont variables pour tous les procès, la Cour a précisé que, contrairement à ce qui se passe dans le procès pénal, dans le procès civil, les parties doivent faire preuve de diligence pour accélérer la procédure²⁵.

Pour les procès civils, la Cour se montre en outre plus stricte dans deux types d'affaires. D'abord, dans certaines affaires relevant du droit de la famille, comme celles ayant trait au droit de visite des parents à leur enfant, ou à l'attribution de l'autorité parentale²⁶. Ensuite, dans les affaires qui portent sur la réintégration du requérant dans son emploi ou sur le versement d'une indemnité en cas de rupture de contrat²⁷. Par leur

nature même, ces affaires doivent, en effet, être tranchées avec une certaine urgence.

3) La Suisse a été condamnée un certain nombre de fois pour dépassement du délai raisonnable en matière civile. Dans l'affaire Müller²⁸, la Cour a jugé qu'une procédure d'expropriation ayant duré 11 ans n'était pas conforme au principe de célérité. Il en a été de même dans l'affaire McHugo²⁹, à propos d'une procédure relative au financement de navires à des armateurs grecs (également 11 ans).

2.4. Le principe de l'égalité des armes

L'affaire Ankerl c. Suisse³⁰ concernait un litige relatif à un bail. Le requérant prétendait que le tribunal compétent du canton de Genève n'avait pas respecté le principe de l'égalité des armes, au motif qu'il avait entendu un témoin, mais pas son épouse. Ce fut l'occasion, pour la Cour, de préciser la notion d'égalité des armes dans le procès civil. Ce principe vise à établir un juste équilibre entre les parties et doit être respecté aussi dans les litiges qui opposent des intérêts privés. Toute différence de traitement concernant l'audition des témoins présentés par les parties est donc contraire au principe de l'égalité des armes.

Notre pays a été condamné à plusieurs reprises pour violation de ce principe dans des affaires qui sont très semblables et concernent le droit de répliquer à toute pièce du dossier. Dans chacune d'entre elles, le requérant n'avait en effet pas eu la possibilité de s'exprimer sur les observations faites devant un tribunal par l'autorité judiciaire inférieure, par une autorité administrative ou par la partie adverse³¹.

Cette jurisprudence a fini par convaincre le TF, qui a modifié la sienne en conséquence³².

2.5. Le principe de publicité

1) Comme l'a relevé encore récemment le TF, le principe de la publicité revêt une importance primordiale dans un Etat démocratique. Il permet de rendre transparente l'administration de la justice et au peuple d'en contrôler le déroulement ainsi que d'écarter toute justice secrète³³. Ceci dit, ce principe revêt probablement une importance moindre en matière civile que pour les procès pénaux. Pour cette raison, selon la Cour, le titulaire du droit à la publicité du procès dans les affaires civiles peut y renoncer, à condition que ce renoncement soit explicite, non équivoque et ne contredise aucun intérêt public important.

La jurisprudence de la Cour concernant la Suisse porte principalement sur le contentieux des assurances sociales. Le droit de renoncer à se prévaloir du principe de la publicité s'explique ici par le caractère technique des litiges ainsi que par leur nature médicale et intime, qui militent souvent en faveur de procédures exclusivement écrites. C'est pour cette même raison que l'art. 6 prévoit d'ailleurs une exception au principe de publicité des débats «dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale (...) lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent».

2) Deux affaires suisses relatives au principe de publicité méritent d'être mentionnées.

Dans l'affaire Schuler-Zraggen³⁴, la Cour a estimé que la requérante avait renoncé sans équivoque à son droit à une audience

publique devant le TFA. Il n'y avait donc pas eu violation de l'art. 6.

Dans l'affaire Schlumpf³⁵, en revanche, on ne pouvait pas considérer que la requérante avait renoncé à une audience publique devant ce même tribunal. Dans cette affaire, les juges de Lucerne n'avaient pas pris en considération les opinions de certains experts soumises par la requérante. De l'avis de la Cour, en refusant d'examiner ces preuves, les juges s'étaient, en quelque sorte, substitués aux médecins, alors que la nécessité d'une opération de conversion sexuelle n'est pas une question juridique, mais médicale. Etant donné les divergences d'opinion sur cette problématique, une audience publique aurait, de l'avis de la Cour, été nécessaire. Il y a donc eu violation de l'art. 6.

2.6. Le droit d'être entendu

L'affaire Kraska c. Suisse³⁶ a donné l'occasion à la Cour de réaffirmer que l'art. 6 impose aux tribunaux l'obligation d'examiner attentivement les arguments et les preuves soumis par les parties. Le droit d'être entendu comprend celui de consulter le dossier, qui doit être complet.

Dans une affaire remontant à 1987³⁷, le recourant avait été objet d'un contrôle par la police dans un lieu connu pour être un rendez-vous pour homosexuels. Les autorités cantonales lui avaient toutefois refusé le droit de consulter le dossier. Ce refus fut sanctionné par le TF pour violation du droit de consulter le dossier. La personne concernée doit, en effet, être à même de consulter le dossier pour pouvoir demander, le cas échéant, de corriger de fausses informations qu'il contiendrait.

3. Conclusion

L'art. 6 est sans conteste l'article de la Convention qui a alimenté

le plus la jurisprudence de la Cour ainsi que celle du TF sur la Convention. Il a eu une influence incommensurable sur la législation des Etats dans le domaine de l'administration de la justice. Les droits protégés par cette disposition constituent certes un standard minimum, mais ils n'en forment pas moins un élément fondamental de l'Etat de droit.

La Cour a d'ailleurs rappelé dès ses premiers arrêts que, dans une société démocratique, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente que toute interprétation restrictive de l'art. 6 ne correspondrait pas à l'esprit de cette disposition³⁸.

Si les arrêts les plus retentissants concernent probablement le volet pénal de l'art. 6, ceux qui ont été rendus pour les affaires civiles n'en revêtent pas moins une importance certaine. C'est dans ces jugements que la Cour a notamment reconnu le droit d'accès au juge ou le droit des personnes de condition modeste d'être assistées gratuitement d'un avocat en matière civile.

Mais surtout, l'interprétation de plus en plus extensive que la Cour a donnée, au fil de ses arrêts, de la notion de «contestations sur des droits et obligations de caractère civil», critiquée à tort à ses débuts, mais de plus en plus acceptée, a eu pour conséquence que, pratiquement, plus aucun contentieux n'est aujourd'hui soustrait aux garanties qu'offre l'art. 6. Cette interprétation courageuse s'inscrit dans la volonté de la Cour de faire de la Convention un instrument vivant, adapté aux réalités contemporaines, et qui garantit non pas des droits théoriques, mais réels et effectifs.

Giorgio Malinverni,

professeur honoraire de l'Université de Genève, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme.

²³RSDIE 2009, p. 442, ch. 6.1.5.

²⁴ATF 126 II 462.

²⁵CrEDH, arrêt de la Cour plénière N° 7984/77 « Pretto et autres c. Italie » du 8.12.1983.

²⁶CrEDH, arrêt de la 3^e Chambre N° 45880/99 « Cultraro c. Italie » du 27.02.2001; CrEDH, arrêt de la 1^{re} Chambre N° 32842/96 « Nuutinen c. Finlande » du 27.06.2000.

²⁷CrEDH, arrêt de Chambre N° 7759/77 « Buchholz c. Allemagne » du 06.05.1981.

²⁸CrEDH, arrêt de la 2^e Chambre N° 41202/98 « Müller c. Suisse » du 05.11.2002.

²⁹CrEDH, arrêt de la 3^e Chambre N° 55705/00 « McHugo c. Suisse » du 21.09.2006.

³⁰CrEDH, arrêt de Chambre N° 17748/91 « Ankerl c. Suisse » du 23.10.1996.

³¹Il s'agit notamment des affaires suivantes: CrEDH, arrêt de Chambre N° 18990/91 « Nideröst-Huber c. Suisse » du 18.02.1997; CrEDH, arrêt de la 2^e Chambre « F. R. c. Suisse » du 28.06.2001; CrEDH, arrêt de la 4^e Chambre N° 33499/96 « Ziegler c. Suisse » du 21.02.2002; CrEDH, arrêt de la 3^e Chambre N° 17671/02 « Ressegatti c. Suisse » du 13.07.2006; CrEDH, arrêt de la 1^{re} Chambre N° 12573/06 « Ellès et autres c. Suisse » du 16.12.2010.

³²ATF 133 I 98; ATF 133 I 100.

³³ATF 137 I 16.

³⁴CrEDH, arrêt de Chambre N° 14518/89 « Schuler-Zraggen c. Suisse » du 24.06.1993.

³⁵CrEDH, arrêt de la 1^{re} Chambre N° 29002/06 « Schlumpf c. Suisse » du 8.01.2009.

³⁶CrEDH, arrêt de Chambre N° 13942/88 « Kraska c. Suisse » du 19.04.1993.

³⁷EuGRZ 1987, 122.

³⁸CrEDH, arrêt de Chambre N° 2689/65 « Delcourt c. Belgique » du 17.01.1970.

Au cœur du droit pénal, la protection de la dignité humaine

Après la condamnation des conditions de détention dans plusieurs affaires, la position de la jurisprudence est attendue sur l'internement à vie et le renvoi des délinquants étrangers.

1. Introduction

L'étude du droit pénal et de la procédure pénale fournit un excellent indicateur permettant de mesurer la richesse de l'apport de la CEDH en Suisse. D'une part, la protection de la dignité humaine, sujet toujours sensible en matière pénale, se trouve au cœur même de la protection que les droits de l'homme tendent à assurer. Outre les art. 5 et 6 CEDH, plusieurs garanties conventionnelles (art. 2, 3, 8 et 10 CEDH) ont exercé une influence considérable sur le droit pénal de notre pays, à l'aide de la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg, particulièrement riche en ce domaine. D'autre part, la présence, jusqu'en 2011, de près de trente lois de procédure pénale de rang cantonal et fédéral a démultiplié d'autant les possibilités de contrôle juridictionnel. Cet élément permet d'expliquer le nombre relativement élevé d'affaires de ce genre qui ont été portées, depuis 1974, à Strasbourg. Près d'une affaire suisse sur deux jugée par la Cour touche ainsi au droit pénal ou à la procédure pénale.

2. Les avancées

Les avancées auxquelles la Convention a conduit en matière pénale en Suisse sont multiples. Pour s'inspirer de la jurisprudence aussi bien suisse qu'européenne – comme l'a récemment rappelé le Conseil fédéral dans son onzième rapport sur la Suisse et les conventions du Conseil de l'Europe¹ –, tous les niveaux du droit ont été touchés: Constitution fédérale², constitutions cantonales³, Code pénal⁴, procédure pénale militaire – suite à un arrêt de principe de la Cour européenne des droits de l'homme et à quelques affaires suisses déférées à la Commission européenne des droits de l'homme⁵ –, code fédéral⁶ et, naguère, codes cantonaux de procédure, jurisprudence tant cantonale⁷ que fédérale⁸.

S'agissant de l'influence exercée par la jurisprudence de la CrEDH, on peut, dans les grandes lignes, distinguer trois catégories d'arrêts: les arrêts d'espèce, les arrêts anecdotiques et les arrêts de principe.

Les arrêts d'espèce limitent leur portée à des questions d'ap-

plication de la loi dans des cas qui ne posent guère de questions fondamentales. En dépit de leur importance limitée sur le plan des principes juridiques, ces arrêts présentent un intérêt en ce qu'ils permettent de rappeler que, contrairement à une opinion communément répandue, le contrôle du respect des droits de l'homme auquel procède la Cour de Strasbourg est très général. Tous les domaines du droit appréhendés par la Convention sont potentiellement soumis à son contrôle en vue d'assurer une application concrète et effective de la Convention⁹.

Les arrêts anecdotiques sont intéressants en ce qu'ils révèlent certaines normes ou pratiques étonnantes, à l'image de cette affaire qui avait vu les héritiers de l'exploitant d'une entreprise de construction faire eux-mêmes l'objet d'une condamnation, en lieu et place du défunt, pour soustraction fiscale¹⁰.

Pour leur part, les arrêts de principe sont ceux qui ont conduit à une évolution majeure de la législation. Ces arrêts sont assez nombreux en matière de procédure pénale en lien avec

¹FF 2016 6834.

²Par exemple: consécration du secret rédactionnel (art. 17 al. 3 Cst.), suite à l'arrêt GC N° 17488/90 «Goodwin contre Royaume-Uni» du 27 mars 1996. Cf. aussi art. 31 et 32 Cst. au sujet des garanties de procédure pénale. Voir le rapport du Conseil fédéral: «40 ans d'adhésion de la Suisse à la CEDH: bilan et perspectives», FF 2015 383 et les références citées.

³FF 1997 I 62; ATF 111 Ia 239.

⁴Voir par exemple art. 28a CP (protection des sources pour les journalistes).

⁵Arrêt CrEDH GC N° 5370/72 «Engel et autres c. Pays-Bas» du 8 juin 1976.

⁶FF 2006 1070.

⁷FF 2015 390 et les références citées.

⁸Pour un exemple emblématique: ATF 112 Ia 290 relatif au cumul des fonctions de juge d'instruction et de juge du fond.

⁹Par exemple CrEDH, arrêt de la 3^e Chambre N° 52089/09 «Derungs contre Suisse» du 10 mai 2016: violation du principe de célérité (art. 5 § 4 CEDH) en raison de la durée excessive du traitement d'une demande de mise en liberté.

¹⁰CrEDH, arrêt N° 19958/92 «A.P., M.P. et T.P. c. Suisse» du 29 août 1997: violation de la présomption d'innocence (art. 6 § 2 CEDH).

les droits de la défense au sens de l'art. 6 CEDH, tout particulièrement durant la seconde moitié des années 1980 et le début des années 1990, période durant laquelle la Suisse a subi plusieurs condamnations retentissantes de la Cour.

3. L'évolution

La culture européenne des droits de l'homme a mis du temps à gagner la Suisse. L'adhésion tardive de notre pays au Conseil de l'Europe (1963), puis la ratification non moins tardive de la CEDH par le Conseil fédéral (1974), près de vingt-cinq ans après l'adoption de l'instrument de Rome, en témoignent avec éloquence.

L'application effective de la Convention s'inscrit dans ce processus de lente transition. Il faut en effet attendre le milieu des années 1980, près de onze ans après l'entrée en vigueur de la CEDH pour la Suisse, pour voir le TF imposer une ligne jurisprudentielle fondée sur une prise en compte effective du droit européen des droits de l'homme¹¹. L'arrêt S. prononcé le 4 juin 1986 par le TF¹², puis l'arrêt rendu le 29 avril 1988 par la Grande Chambre de la Cour européenne dans l'affaire Belilos¹³ symbolisent ce tournant.

La jurisprudence contemporaine s'inscrit dans le suivi de ce courant, qui voit la Suisse appliquer de manière soutenue et rigoureuse la CEDH, en complémentarité avec les sources nationales de protection des droits fondamentaux. Une marque évocatrice de cette évolution concerne le statut de la juridiction constitutionnelle. Alors que les premiers arrêts qu'il a prononcés sur le sujet ont vu le TF refuser, par principe, de contrôler la conformité des lois fédérales à la CEDH¹⁴, la

jurisprudence a évolué au début des années 1990 pour voir notre Cour suprême progressivement imposer un contrôle général de la conventionnalité¹⁵.

4. Les perspectives

4.1. L'internement à vie

Le 8 février 2004, le peuple et les cantons ont adopté l'art. 123a Cst. instaurant l'internement à vie des délinquants sexuels jugés extrêmement dangereux et non amendables. Les problèmes juridiques que pose la mise en œuvre de cette disposition n'ont pas manqué d'être évoqués en doctrine en lien avec le régime légal mis en place en 2008 par les art. 64 al. 1bis et 64c CP¹⁶.

La problématique concerne, d'une part, la qualification juridique d'une personne comme durablement non amendable et, d'autre part, les perspectives liées à l'examen éventuel de sa libération au regard des art. 3 et 5 § 4 CEDH. Les doutes éprouvés en doctrine se sont traduits devant le TF. Celui-ci a en effet opté pour une interprétation extrêmement restrictive de l'art. 64 al. 1 bis CP, au point de rendre la disposition quasiment inapplicable¹⁷. Les juges fédéraux ont par ailleurs renoncé à examiner, pour l'heure, la question du respect de la CEDH¹⁸.

La CrEDH a pour sa part récemment jugé, à la faveur d'une affaire concernant les Pays-Bas, qu'une «peine perpétuelle ne peut demeurer compatible avec l'article 3 de la Convention qu'à la condition d'offrir à la fois une chance d'élargissement et une possibilité de réexamen, les deux devant exister dès le prononcé de la peine»¹⁹. Une affaire antérieure concernant la France lui a permis de préciser que, selon l'art. 3 CEDH, les peines perpétuelles doivent être com-

pressibles, c'est-à-dire soumises à un réexamen permettant aux autorités nationales de rechercher si, au cours de l'exécution de sa peine, le détenu a évolué et progressé sur le chemin de l'amendement à un point tel qu'aucun motif légitime d'ordre pénologique ne permet plus de justifier le maintien en détention. Ainsi, tout détenu condamné à la perpétuité réelle a le droit de connaître, dès la date d'imposition de cette peine, les conditions d'accès au réexamen. En l'absence de perspective d'être un jour libéré, faute de mécanisme ou de possibilité de réexamen d'une telle peine, l'incompatibilité avec l'art. 3 CEDH prend naissance *ab initio* et non à un stade ultérieur de la détention²⁰. Comme l'a relevé un auteur, cette jurisprudence pourrait sonner le glas du régime suisse de l'internement à vie²¹.

4.2. Le renvoi des délinquants étrangers

Le peuple et les cantons ont adopté, le 28 novembre 2010, une modification de l'art. 121 Cst. instaurant le renvoi, «indépendamment de leur statut, et de tous leurs droits à séjourner en Suisse», des étrangers ayant commis certaines infractions. Les art. 66a ss CP, entrés en vigueur le 1^{er} octobre 2016²², concrétisent ce régime d'expulsion obligatoire, qui a rétabli dans l'architecture pénale le système de la double peine que l'Assemblée fédérale avait précisément abrogé lors de la révision de la partie générale du Code pénal²³. Compte tenu du caractère manifestement disproportionné du régime prévu à l'art. 121 al. 3 Cst., la révision du Code pénal contient une disposition qui permet au juge de renoncer exceptionnellement à l'expulsion

«lorsque celle-ci mettrait l'étranger dans une situation personnelle grave et que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur l'intérêt privé de l'étranger à demeurer en Suisse». La disposition prévoit que le juge devra tenir compte de la situation particulière de l'étranger qui est né ou qui a grandi en Suisse (art. 66a al. 2 CP).

Il faudra, ici, compter une nouvelle fois sur le pouvoir d'interprétation du TF, lequel a au reste déjà annoncé l'impossibilité de principe d'appliquer un régime de renvoi des étrangers hors la prise en compte du principe de la proportionnalité²⁴, pour procéder à une interprétation de la norme pénale qui s'avère conforme aux exigences de l'art. 8 CEDH.

4.3. Les conditions de détention

L'arrêt de principe que le TF a prononcé le 26 février 2014²⁵ au sujet des conditions de détention provisoire en cas de surpopulation carcérale en lien avec les art. 7, 10 al. 3 Cst. et 3 CEDH a révélé l'apport que recèle le droit conventionnel dans ce domaine très particulier, mais néanmoins emblématique de la protection de la dignité humaine. Intégrées au raisonnement de notre Cour suprême, les règles pénitentiaires européennes permettent de cadrer et de préciser la portée de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. La jurisprudence développée par les juges fédéraux depuis ce précédent révèle non seulement plusieurs situations extrêmement préoccupantes, mais illustre avec éloquence l'utilité incontestable des dispositions précitées pour assurer un suivi continu de ces principes²⁶.

5. Conclusion

Les apports de la CEDH au droit pénal et à la procédure pénale suisse sont aussi importants que diversifiés. Contrairement à une opinion simpliste et infondée, ces apports ne sauraient s'épuiser dans telle réforme normative, fût-elle d'inspiration populaire, ou dans tel arrêt, fût-il de principe. La mise en œuvre et la garantie des droits de l'homme s'inscrivent en effet dans un processus continu de concrétisation et d'évolution. Ce qui est, assurément, une manière de rappeler que, dans ce domaine, rien n'est jamais acquis²⁷.

Michel Hottelier,

professeur de droit constitutionnel
à l'Université de Genève.

¹¹Outre les indications mentionnées dans la FF 2015 381, voir Daniela Thurnherr, *The Reception Process in Austria and Switzerland*, in Helen Keller, Alec Stone Sweet (Ed.), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 335 ss. et 364 ss.

¹²Supra, note 8.

¹³Arrêt N° 10328/83 «Belilos» du 29 avril 1988.

¹⁴Cf. arrêt F. du 11 février 1985, SJ 1986, p. 24.

¹⁵ATF 117 Ib 367; 118 Ia 473; 125 II 417.

¹⁶Yvan Jeanneret, André Kuhn, *De la peine de mort à la peine de mort sociale*, RJN 2012, p. 34 ss et les références citées.

¹⁷TF 6B_13/2014 du 3 juin 2014; ATF 140 IV 1.

¹⁸ATF 141 IV 423.

¹⁹CrEDH, arrêt GC N° 10511/10 «Murray c. Pays-Bas» du 26 avril 2016, § 99 et les références citées.

²⁰CrEDH, arrêt de la 5^e Chambre N° 40014/10 «Bodein contre France» du 13 novembre 2014, § 55.

²¹Yvan Jeanneret, *forumpenale* 1/2015, p. 1.

²²RO 2016 2329; FF 2013 5373.

²³RO 2006 3459; FF 1999 1907, 1960, 1994 et 2159.

²⁴ATF 139 I 16.

²⁵ATF 140 I 125 (conditions de détention illicites durant 157 jours); voir également les ATF 139 IV 41 et 140 I 246 (obligation d'enquêter).

²⁶Voir TF 1B_152/2015 (conditions de détention illicites durant 507 jours) et 1B_239/2015 (328 jours) du 29 septembre 2015; 6B_456/2015 du 21 mars 2016 (136 jours); 6B_688/2015 du 19 mai 2016 (84 jours); 6B_1057/2015 du 25 mai 2016 (339 jours); 1B_84/2016 du 27 juillet 2016 (599 jours); 6B_794/2015 (71 jours) et 6B_916/2015 (169 et 289 jours) du 15 août 2016; 6B_946/2015 du 13 septembre 2016 (534 jours).

²⁷Michel Hottelier, *La CEDH et la Suisse: 40 ans d'enrichissement au service de la dignité humaine*, RTDH 2015, p. 551-577.

Les droits des détenus garantis?

Une jurisprudence progressiste, mais en proie aux menaces étatiques.

Il est souvent rappelé la première jurisprudence de la Cour de Strasbourg en matière de détention datant de 1984: cet arrêt *Campbell c. Royaume-Uni* dans lequel les juges européens écriront que la «justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons»¹. Si la jurisprudence de la Cour a, depuis, développé une normativité importante en la matière, elle n'est cependant pas toujours synonyme d'avancées pour les droits des personnes privées de liberté. Nous verrons en effet que plusieurs décisions démontrent une timidité dans le chef des juges, sûrement conséquence des critiques étatiques à l'égard de la Cour (1). Néanmoins, cette présentation des craintes actuelles ne doit pas faire oublier que la Cour s'est quand même montré audacieuse en la matière ces dernières années, notamment dans l'interprétation de l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 3 CEDH) et du respect de la vie privée (art. 8 CEDH) (2). Cette protection a d'ailleurs pris une épaisseur particulière avec la mise en œuvre d'arrêts pilotes² (ou quasi-pilotes³) qui soulignent des violations structurelles des droits protégés par le texte européen et obligent les Etats à se conformer

à ce dernier – dans le cas d'espèce mais aussi en général.

1. Craintes face à quelques jurisprudences

Deux craintes majeures semblent aujourd'hui traverser l'observation du contentieux européen lié aux droits des personnes privées de liberté. La première concerne le droit de vote tel que prescrit par l'article 3 du Protocole N° 1. De jurisprudence constante, la CrEDH considère qu'il ne doit pas y avoir de limitations disproportionnées au droit de vote, mais que les Etats gardent une marge d'appréciation en la matière⁴. Face à cette règle, le droit de vote des détenus cristallise une opposition grandissante entre les Etats et la Cour. Condamné car sa législation prive systématiquement du droit de vote «tous les détenus condamnés purgeant leur peine (...), quelle que soit la durée de [cette] peine et indépendamment de la nature ou de la gravité de l'infraction qu'ils ont commise et de leur situation personnelle»⁵, le Royaume-Uni a décidé de ne pas se conformer à la décision de la Cour. Après maints rebondissements jurisprudentiels⁶ c'est finalement cette dernière qui va tempérer sa

jurisprudence arguant, dans une décision *Scoppola c. Italie*⁷ (dans laquelle le Royaume-Uni était tiers intervenant), que le «législateur peut décider de retirer ledit droit à certaines classes de détenus»⁸. A n'en pas douter, le droit de vote des détenus est en sursis.

La seconde crainte concerne l'application du droit du travail au détenu. Dans un arrêt récent concernant la Suisse⁹ et relatif à l'obligation faite à un détenu de travailler après l'âge de la retraite, la Cour a estimé qu'il n'existait aucun consensus européen et, dès lors que les autorités suisses bénéficiaient sur cette question d'une marge d'appréciation considérable, arguant ainsi que le travail en détention est un des éléments permettant de réduire «(l)es effets nocifs de la détention». Si l'on peut excuser l'erreur d'appréciation de la Cour quant au travail en prison, il est plus difficile d'excuser son oubli de la Règle pénitentiaire européenne N° 105.2 qui énonce que «les détenus condamnés n'ayant pas atteint l'âge normal de la retraite peuvent être soumis à l'obligation de travailler», excluant ainsi les détenus ayant atteint l'âge de la retraite.

Comprendre ces jurisprudences oblige une hypothèse: tant le Royaume-Uni que la

Suisse ont laissé entendre une possible dénonciation de la Convention européenne. Si le Royaume-Uni l'a clairement déclaré après l'arrêt Hirst¹⁰, la Suisse, de son côté, est confrontée à un référendum populaire (et populiste) qui garantirait la primauté du droit national sur le droit international. Gageons que ces contextes n'ont pas échappé à la Cour qui, malheureusement, a peut-être préféré tempérer sa jurisprudence plutôt que d'affirmer son autorité.

2. Jurisprudence protectrice

Cela étant, il serait erroné de penser que la Cour ne rend que ce type de jugements; dans l'ensemble, sa jurisprudence est protectrice des droits de détenus et l'interprétation des art. 3 et 8 le prouve. Dans le cadre de ce court article relevons simplement que la Cour a dernièrement condamné la Belgique, à la faveur d'un arrêt pilote, pour violation de l'article 3 CEDH pour avoir maintenu interné dans une prison et durant de nombreuses années une personne souffrant d'un handicap mental sans qu'il puisse de ce fait bénéficier des soins nécessaires. La Cour estime que «l'encadrement médical des internés dans les ailes psychiatriques des prisons n'est pas suffisant»¹¹. Certainement la Suisse devrait s'inspirer de cette jurisprudence.

La Cour a par ailleurs rappelé, dans deux arrêts récents, la nécessité de garantir une vie privée même derrière les barreaux. Premièrement, elle a rappelé que l'intimité dans les cellules – notamment en ce qui concerne les toilettes – ne souffre d'aucune exception et doit être garantie pour tous les détenus¹². Deuxièmement, elle a estimé, dans l'arrêt Biržietis c. Lituanie,

que «l'interdiction absolue (faite au requérant) de laisser pousser une barbe, indépendamment de toute considération hygiénique, esthétique ou autre, n'était pas proportionnée à l'objectif de défense de l'ordre et de prévention de la criminalité en prison tel que présenté par le gouvernement»¹³. Elle reconnaît ainsi au requérant son droit d'exprimer sa personnalité et son identité.

Ainsi, si la Cour a habitué les Etats et les observateurs à être toujours plus protectrice des droits énoncés par la CEDH, le contentieux lié aux conditions de détention laisse tout de même quelques inquiétudes. Même si ces dernières ne concernent que quelques droits, il sied de rappeler que, si l'on ne peut tous les garantir, il y a des risques qu'aucun ne soit pleinement respecté.

Damien Scalia,

professeur à l'Université libre de Bruxelles,
Faculté de droit et de criminologie.

¹⁰CrEDH, arrêt de la Chambre N° 7819/77 «Campbell et Fell c. Royaume-Uni» du 28.06.1984, § 69.

¹¹La procédure des arrêts pilote intervient lorsque la Cour doit faire face à des nombreuses requêtes portant sur les mêmes problématiques et qu'elle estime qu'il existe des problèmes structurels communes à ces requêtes répétitives.

¹²Ce type d'arrêt se distingue de l'arrêt pilote «par l'absence d'énonciation, dans leur dispositif, des mesures générales devant être prises pour éradiquer les violations constatées». Voy. Hugues de Suremain, *Surpopulation carcérale: les juridictions nationales au pied du mur*, Lettre Actualités Droits-Libertés, 7 février 2013.

¹³CrEDH, arrêt de la Cour plénière N° 9267/81 «Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique» du 02.03.1987, §§ 54 et 57.

¹⁴CrEDH, arrêt de la Grande Chambre N° 74025/01 «Hirst c. Royaume-Uni (N°2)» du 06.10.2005, § 82.

¹⁵Damien Scalia, *Droit international de la détention*, Helbing, Bâle, 2015.

¹⁶CrEDH, arrêt de la Grande Chambre N° 126/05 «Scoppola c. Italie (N° 3)» du 22.05.2012.

¹⁷Hervé Hervieu, *Le droit de vote des détenus: histoire sans fin pour un contentieux décisif*, RTDH 94, 2013, p. 433-456, p. 443.

¹⁸CrEDH, arrêt de la 3^e Chambre N° 10109/14 «Meier c. Suisse» du 9.02.2016.

¹⁹Cf. http://www.lemonde.fr/europe/article/2014/10/01/cameron-veut-sortir-le-royaume-uni-de-la-cedh_4498759_3214.html

²⁰CrEDH, arrêt de la 2^e Chambre N° 73548/13 «W.D. c. Belgique» du 6.09.2016, § 112.

²¹CrEDH, arrêt de la 4^e Chambre N° 17249/12 «Szafranski c. Pologne» du 15.12.2015.

²²CrEDH, arrêt de la 4^e Chambre N° 40304/09 «Biržietis c. Lituanie» du 14.06.2016, § 58.

Une influence insoupçonnée sur le droit du travail

Les juges de Strasbourg ont notamment posé des balises pour le travail domestique, l'accès du personnel d'ambassade à un tribunal et le port de signes religieux dans les entreprises.

A de nombreuses occasions, la CrEDH a jugé que la CEDH oblige les Etats à protéger les individus contre des atteintes émanant de personnes privées, notamment dans le contexte professionnel, «entre employeur et employé»¹. La présente contribution met en lumière six arrêts récents qui illustrent la portée, parfois «sous-estimée»², de cette jurisprudence dans le domaine de l'emploi.

1. Travail domestique (art. 4 CEDH)

Selon l'Indice mondial de l'esclavage 2016, environ 1500 personnes sont victimes d'une forme moderne d'esclavage en Suisse³. «Les esclaves d'aujourd'hui sont en majorité des femmes qui travaillent le plus souvent chez des particuliers, chez qui elles arrivent comme domestiques immigrées»⁴. Dans l'arrêt «C.N. et V. contre France», la CrEDH précise que tout travail exigé sous la menace d'une peine ne constitue pas nécessairement un «travail forcé» au sens de l'article 4 CEDH. Il convient «de prendre en compte, notamment, la nature et le volume de l'activité en

cause». En l'espèce, la Cour a jugé qu'une des deux sœurs requérantes avait contribué à l'entretien du foyer «de façon démesurée». Elle a considéré que la France avait violé son obligation positive de mettre en place un cadre législatif et administratif permettant de lutter efficacement contre le travail forcé⁵. A cet égard, il est intéressant de rappeler que le droit fédéral ne contient aucune norme impérative fixant la durée maximale du travail dans les ménages privés, non soumis à la LTr⁶.

2. Accès du personnel d'ambassade à un tribunal (art. 6 CEDH)

Harcelée sexuellement puis, licenciée par l'ambassade de Pologne où elle travaillait comme secrétaire, une ressortissante lituanienne intente action pour licenciement abusif devant les tribunaux lituaniens, qui se déclarent non compétents. L'arrêt «Cudak c. Lituanie» retient que «dans les cas où l'application du principe d'immunité juridictionnelle entrave l'accès à la justice, la Cour doit rechercher si les circonstances de la cause justifiaient pareille entrave». La

Cour estime que la restriction au droit d'accéder à un tribunal est disproportionnée et contraire à l'article 6 CEDH lorsque, comme en l'espèce, la travailleuse accomplit des activités de nature non étatique⁷.

3. Surveillance de l'usage d'internet au travail (art. 8 CEDH)

Dans l'arrêt «Barbulescu c. Roumanie», la Cour rappelle que la surveillance par l'employeur des conversations téléphoniques, de la correspondance e-mail et de l'utilisation d'internet au travail représente une ingérence dans le droit au respect de la vie privée (art. 8 § 1 CEDH). Une telle ingérence doit être justifiée (art. 8 § 2 CEDH). Dans le cas d'espèce, où l'employeur avait surveillé les courriels de son employé, afin de prouver le non-respect d'une directive prohibant l'usage d'internet à des fins privées, la Cour a estimé que les tribunaux nationaux avaient correctement mis en balance les intérêts en présence. L'ingérence était d'une portée limitée et conforme au principe de proportionnalité. La Cour conclut à l'absence de violation de l'ar-

ticle 8 CEDH⁸. L'affaire est renvoyée devant la Grande Chambre pour nouvel examen.

4. Lutte contre la corruption (art. 10 CEDH)

Lors d'une conférence de presse, M. Oprea, professeur associé, accuse le recteur de son université d'avoir encouragé le plagiat, mal géré un programme de recherche financé par des fonds publics et cumulé un nombre trop élevé de fonctions managériales. Le professeur est condamné sur le plan civil en raison de la façon dont il a présenté aux journalistes les informations relatives aux activités du recteur. Dans l'arrêt «Oprea c. Roumanie», la Cour estime que les tribunaux nationaux n'ont pas correctement mis en balance l'intérêt du dénonciateur au respect de sa liberté d'expression et celui du dénoncé à ne pas subir d'atteintes à sa réputation. La Cour prend notamment en considération l'intérêt du public à la divulgation des informations dans le cadre d'un débat sur la corruption au sein des universités, le fait que le professeur était de bonne foi et qu'il s'était d'abord plaint à l'interne avant de se tourner vers les médias. Elle conclut à une violation de l'article 10 CEDH⁹.

5. Licenciement de membres d'un syndicat (art. 11 CEDH)

Dans le contexte des procédures contre la Suisse actuellement pendantes devant l'OIT eu égard à la «protection accordée aux représentants des travailleurs», l'arrêt de la CrEDH dans l'affaire «Predescu c. Roumanie» était attendu¹⁰. Le 3 mai 2016, la Cour a rejeté la demande au motif que

le requérant, licencié pour des raisons économiques, n'était pas parvenu à établir que son licenciement était dû à l'exercice d'une activité syndicale. Les juges ont tenu compte du fait que le requérant avait refusé de poser sa candidature à l'interne pour un autre poste adapté à ses qualifications¹¹.

6. Port de signes religieux dans les entreprises (art. 14 et 9 CEDH)

Il y a quelques années, le code vestimentaire de la société privée British Airways posait la règle selon laquelle «tout accessoire ou vêtement que l'employé se doit de porter pour des motifs religieux impératifs doit toujours être recouvert par l'uniforme». Une employée chrétienne refusa de dissimuler la croix qu'elle portait en pendentif et fut renvoyée chez elle sans salaire. Dans l'arrêt «Eweida et autres c. Royaume-Uni», la CrEDH admet une violation de l'article 9 CEDH au motif que les tribunaux nationaux, lors du contrôle de la proportionnalité de la mesure, ont accordé trop d'importance au souhait de l'entreprise de véhiculer une certaine image commerciale et n'ont pas assez protégé le droit de l'employée à manifester sa religion. La Cour tient compte du fait que la croix était «discrète». En outre, l'entreprise avait toléré le port de signes religieux visibles par d'autres membres du personnel¹². Sur ce point, l'affaire «Eweida» diffère de l'affaire «Achbita» actuellement pendante devant la Cour de justice de l'Union européenne¹³.

Karine Lempen,

professeure de droit du travail à l'Université de Genève.

¹Cf. p. ex: CrEDH, arrêt de la 4^e Section N° 39293/98 «Fuentes Bobo c. Espagne» du 29.2.2000, n. 38.

²Cf. Kurt Pärli, Die Unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht, PJA 2015, pp. 1671-1701.

³A titre d'illustration: TF 4P.32/2004 du 24 avril 2004 (jeune fille au pair portugaise).

⁴CrEDH, arrêt de la 2^e Section N° 73316/01 «Siliadin c. France» du 26.7.2005, N° 88.

⁵CrEDH, arrêt de la 5^e Section N° 67724/09 «C.N. et V. c. France» du 11.10.2012, N° 74-75, 108.

⁶Cf. Gabriela Naemi Medici, Migrantinnen als Pflegehilfen in Schweizer Privathaushalten, Schulthess, Zurich, 2015, pp. 217 ss.

⁷CrEDH, arrêt de la Grande Chambre N° 15869/02 «Cudak c. Lituanie» du 23.3.2010, N° 59-75. Comp. avec TF 4A_544/2011 du 30 novembre 2011, c. 3 (gouvernante de la résidence privée de l'ambassade du Chili; l'Etat étranger ne peut se prévaloir de l'immunité de juridiction lorsqu'il a agi comme titulaire d'un droit privé).

⁸CrEDH, arrêt de la 4^e Section N° 61496/08 «Barbulescu contre Roumanie» du 12.1.2016, n. 35-63. L'opinion dissidente plaide pour une approche de l'usage d'internet au travail centrée sur les droits humains.

⁹CrEDH, arrêt de la 4^e Section N° 12138/08 «Aurelian Oprea c. Roumanie» du 19.1.2016, n. 59-80.

¹⁰Cf. Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon et alii, Etude sur la protection accordée aux représentants des travailleurs, sur mandat de l'OFJ et du SECO, Université de Neuchâtel, 2015, n. 237.

¹¹CrEDH, arrêt de la 4^e Section N° 72417/10 «Predescu c. Roumanie» du 3.5.2016, n. 41-42. Comp. avec TF 4A_485/2015 du 15 février 2016 (congé abusif pour cause d'activité syndicale).

¹²CrEDH, arrêt de la 4^e Section N° 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 «Eweida et autres c. Royaume-Uni» du 15.1.2013, n. 91-95.

¹³CJUE, aff. C-157/15 «Achbita contre G4S Secure Solutions NV» (foulard islamique), conclusions de l'avocate générale du 31.5.2016, n. 103.